أصول العدل في التحكيم
"دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"

الدكتور
علي أحمد صالح المهداوي
أستاذ القانون المدني رئيس قسم القانون الخاص
كلية القانون - جامعة الشارقة

تمهيد:

أُعتبر التحكيم القاعدة الأم في الفصل في المنازعات القائمة بين الأفراد أو بين الجماعات في المجتمعات القديمة، وشكّل ذلك معلماً بارزاً في مدنيتها وحضارتها، بعد أن كان الالتجاء إلى الانتقام الفردي سائداً، والاحتكام إلى القوة مبدأً، ذلك لتجلي العدل الاتفاقي في المجتمع دون العدل الفردي بظن المنتقم لنفسه، وفي ذلك خطوة واسعة نحو تحقيق المدنية في المجتمع.

وقد كان التحكيم في بداية أمره اختيارياً، وتنفيذ حكم التحكيم الصادر متروكاً أمره للمتنازعين، ثمّ صار التحكيم إجبارياً في مرحلة لاحقة، وقد عُرف لدى قدماء الإغريق التحكيم في المنازعات القائمة بين دويلات المدن اليونانية، كما نظموا معاهدات التحكيم الدائمة، وعرف في روما في عصر الإمبراطورية القديمة وفي عصر الإمبراطورية السفلى، وبصفة خاصة في العقود الرضائية، ونظام التحكيم عرفه المصريون القدماء، والآشوريون، والبابليون، والعرب قبل الإسلام[1].

---

1 . أنظر في ذلك: صوفي أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، دار النهضة العربية، ط١٩٥٧/١م، ص٧٩، أبو اليزيد علي المتيت، الأصول العلمية والعملية لإجراءات التقاضي، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، ط١٩٨٦/٢م، ص ٢٤٣، محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم والخبرة في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢م، ص٨.

ودلالة ما تقدم ضرورة التحكيم وسيلة لفض المنازعات، وأنه المعبّر عن العدل بحسب الإرادة الجماعية التي قررته، وبحسب إرادة الأطراف في اللجوء إليه وفي اختيار المحكمين، بما يرسخ الطمأنينة في نفوسهم عادةً، وبالتالي فهو ليس وسيلة تفرض عليهم من سلطة خارج هذه الإرادة. وفي ذلك تعبير عن ارتباط الإنسان بالعدل وتنزيله على أرض الواقع، وأنّ أقرب ما يكون إليه من عدل هو العدل الذي يشارك المجتمع وأطراف النزاع في صنعه. وهذا هو جوهر القضية.

ويأتي بعد ذلك بتقديرنا المزايا التي يتمتع بها التحكيم على اللجوء إلى القضاء، ذات الولاية العامة، وابرزها[1]:

١. رغبة المتعاملين، خاصة في نطاق التعامل التجاري، في التحرر من قيود النظم القانونية المنظمة للتقاضي، والتي تشتمل على تعدد درجات التقاضي، وبطء إجراءات المرافعات، وطول مدة فصل النزاع بواسطة القضاء.

٢. حرصهم على حلّ منازعاتهم بأقل قدر من العلانية والنشر، وذلك يعود بالأثر الإيجابي على سمعة أطراف التحكيم، وإمكانية استمرار التعامل بينهم، والحاجة، خاصة في نطاق التحكيم التجاري الدولي، إلى مهنية المحكمين من حيث تخصصهم في نطاق موضوع النزاع، وإلمامهم باللغات الأصلية التي تتم المعاملات على أساسها، ومعرفتهم بالأعراف التجارية الدولية، وبمعاني المصطلحات السائدة في نطاق هذا التعامل.

٣. حصولهم على العدالة بمنظورهم بواسطة التحكيم، وقد قال أرسطو " أنّ أطراف النزاع يستطيعون تفضيل التحكيم على القضاء "،

---

1 . أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية " دراسة فقهية قضائية مقارنة "، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط١/٢٠٠٣م، بتصرف كبير، ص ٢ – ٦ .

ذلك لأنّ المحكم يرى العدالة بينما لا يعتد القاضي إلا بالتشريع، فكان التحكيم بمثابة رد فعل مضاد لحرفية قانون القضاة.

٤. اعتماد القيم الاقتصادية المنتقلة عبر حدود الدول، وهو نوع من التفاعل الحضاري الإيجابي بين الشعوب والأمم، وظهور أشكال جديدة من المعاملات الدولية طغت أهميتها على العقود التقليدية، مثل عقود نقل التكنولوجيا، وعقود التعاون الصناعي، وعقود التمويل، وعقود الشركات المشتركة.

٥. حرية أطراف التحكيم في رسم مسار عملية التحكيم بدءً من اتفاق التحكيم وتحديد نطاقه، مروراً بتعيين إجراءات التحكيم بشكل مباشر أو غير مباشر، وكذلك الحال في تعيين المحكمين، والقانون الواجب التطبيق، والذي يتم الابتعاد به عن تطبيق قانون القاضي أو ما يصحب تعيين القانون الواجب التطبيق بواسطة القضاء من فخاخ مفاهيم من بينها التكييف والإحالة والنظام العام المانع من تطبيق قانون أجنبي، ولقد قيل بحق أنه" ليس من العدل تطبيق قانون لم يتوقعه الأطراف ".

ولكن التحكيم لم يرتقِ في مراحل تطوره التاريخية إلى ما وصل إليه ابتداءً من الحقبة المقاربة للحرب العالمية الثانية حتى وقتنا الحاضر، وسبب ذلك هو التطور الهائل الذي شهده عالمنا المعاصر في العلاقات المالية، سواء في ذلك المعاملات المدنية والتجارية الداخلية والعلاقات التجارية الدولية التي أصبحت أحد دعائم أو ركائز اقتصاد الدولة وسبباً في ربط اقتصاديات الدول بعضها ببعض، بما أفضى إلى جعل التحكيم من المسائل التي يهتم بتنظيمها المجتمع الدولي فضلاً عن التنظيم الداخلي له وفقاً للقوانين الوطنية المنظمة له ولآثاره، فكان من آثار الاهتمام الدولي إنشاء مراكز وهيئات تحكيم دولية، وإبرام اتفاقيات دولية لها حكم المرجعية في تنظيم التحكيم الدولي، وحكم الأنموذج الذي يحتذى به في تشريع

القوانين الوطنية المنظمة للتحكيم، محاولة لإيجاد تقارب تنظيمي للتحكيم على الصعيدين الداخلي والدولي.

وهذا التطور على طول تاريخه لم يمس مصدر أو سبب التحكيم والغاية منه والأساس الذي يقوم عليه. فبقي مصدر أو سبب التحكيم هو اتفاق أطراف التحكيم على الالتجاء إلى تحكيم طرف ثالث محايد بعيداً عن الخضوع للولاية العامة للقضاء، وبقيت غايته فض المنازعات القائمة بين أطراف التحكيم سنداً للحكم الذي يصدره المحكم أو جهة التحكيم، وبقي العدل بمفهومه العام أساساً لعمل المحكم تبعاً لحياديته وتنفيذاً لإرادة أطراف التحكيم التي ارتضت بالتحكيم وسيلة لفض منازعاتهم.

جدلية العلاقة بين عدل الإرادة في التحكيم وعدل الدولة في حسم النزاعات:

إذا كان التفاوت في النظم القانونية واقعاً تبعاً لما تعتنقه كلّ دولة من فلسفة أو منهجية قانونية موروثة، بشكل كلّي أو نسبي من خلال تأثرها بمنهج قانوني معاصر أو أكثر وجدت فيه ضالتها في تنظيم العلاقات القائمة في المجتمع بما يفترض فيه مناسبته مع واقعها، فإنّ محل الاتفاق بين تلك النظم القانونية أنّ القضاء هو صاحب الولاية العامة في حسم النزاعات القائمة بين أطراف النزاع، فهو السلطة المعبّرة عن عدل الدولة في تلك الوقائع محل النزاعات من خلال تطبيق صحيح القانون عليها، وإذا أضفنا إلى ذلك غياب السلطة القضائية الدولية في حسم النزاعات في نطاق القانون الخاص، وهو المجال الذي يتحرك فيه التحكيم، بناءً على أنّ مصدر التحكيم هو إرادة أطراف التحكيم، وهي تفترض المساواة بينها، وإن كانت الدولة طرفاً فيها، ولكن لا باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة تتميز بهما عن أشخاص القانون الخاص بل باعتبارها شخصاً معنوياً ينزّل منزلة أشخاص القانون الخاص في حدود قبول التحكيم وسيلةً لفض النزاعات التي تكون الدولة طرفاً فيها، كما هو الحال في الدول التي تقبل التحكيم في عقودها الإدارية، فإنّ ذلك أفضى بواقع الحال إلى جدلية

تحديد العلاقة بين العدلين ؛ عدل التحكيم الذي مرده الإرادة و عدل الدولة في تقرير ما تراه من منهجية في حكم العلاقات القائمة في المجتمع وحسم النزاعات القائمة بشأنها ، وتجسدت هذه الجدلية في الاختلاف في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم ، بين اعتبار التحكيم عملاً قضائياً أم غير قضائي أم مختلطاً بينهما أم ذا طبيعة قانونية مستقلة عن صفة القضاء ، وسنداً لذلك أُختلف في تحديد صفة المحكم بين كونه قاضياً في حدود عمله في حسم النزاع المعروض عليه أم أنه لا يحمل هذه الصفة. وسيأتي لاحقاً بيان هذه الجدلية ورأينا في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم.

خطة البحث:

وفي ضوء ما تقدم تمّ تقسيم البحث ، بعد هذا التمهيد ، إلى ثلاثة وخاتمة ، حسب الآتي :

المبحث الأول: ماهية التحكيم

المبحث الثاني : مبادئ العدل في التحكيم

المبحث الثاني : عدل الدولة وصلته بالعدل الثابت بالتحكيم

الخاتمة : نتائج البحث والتوصيات.

المبحث الأول

ماهية التحكيم

يراد بماهية التحكيم بيان ذاتياته المكونة له ، ولوازمه غير المنفكة عنه ، المميزة له عمّا سواه ، وفي ضوء ذلك يتم تحديد طبيعته القانونية ، ونطاقه الموجب لتحديد أنواعه. ولاستيفاء مقتضيات البحث في المفردات المذكورة نقسم المبحث إلى المطالب الآتية.

المطلب الأول

التعريف بالتحكيم

إطلاق لفظ التحكيم يشمل معنيين ، أحدهما اتفاق أطراف العلاقة القانونية قبل وقوع النزاع بينهما أو بعد وقوع النزاع بينهما على عرض

النزاع على طرف ثالث محايد، غير القضاء، لحسم هذا النزاع، فهو اتفاق على طريقة حسم النزاع الواقع أو المتوقع بغير طريق التقاضي العادي. والثاني العمل الذي يقوم به هذا الطرف المحايد، وفق نظام معين له سلفاً أو وفق ما يحدده المتنازعان، في سبيل حسم هذا النزاع بالفعل.

وإنّ الترابط بين المعنيين قائمٍ للتلازم بينهما، فاتفاق التحكيم هو السبب الموجب لتعيين التحكيم سبيلاً لفض النزاع بين طرفي التحكيم، وتحديد المحكمين بشكل مباشر أو غير مباشر، والمباشرة بعملية التحكيم، وذلك مشروط بقيام النزاع أو إمكان قيامه. فأمكن تكييف النزاع على أنه شرط مكمّل للسبب، من حيث إنّ الاتفاق بدون النزاع غير موجب للتحكيم، أو أنه شرط واقف عُلّق على قيامه أو تحققه نفاذ هذا الاتفاق باعتبار هذه الحيثية، أي لزوم التحكيم بحقهم ومباشرة عملية التحكيم. وبتوجيه النظر إلى المحكمين فإنّ حسمهم النزاع يجسد الإرادة المشتركة للمتنازعين على حسم النزاع وفق ما وقع عليه اتفاقهما، مما أوجب لزوم حكم المحكمين بحق المتنازعين.

فلزم في تعريف مطلق التحكيم الجمع بين الاعتبارين، فإذا أريد أحد الاعتبارين وجب التقييد لتحديد جهة الاعتبار، كما في قولنا شرط أو مشارطة التحكيم للتعبير عن توجه إرادة الطرفين إلى عرض النزاع المحتمل بينهما، " شرط التحكيم "، أو القائم بينهما فعلاً " المشارطة " على محكم أو جهة تحكيم لحسمه[1]. ولكن يبقى الثابت بالاعتبارين المذكورين هو أنّ

---

1 . ومن ذلك تعريف اتفاق التحكيم المنصوص عليه في المادة ١/٧ من قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، ونصها: (اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم أو في عقد أو صورة اتفاق منفصل)، وقد عرّفت المادة ١ من قواعد التحكيم لدى مركز دبي للتحكيم الدولي الصادر بموجب المرسوم رقم ١١ لسنة ٢٠٠٧م، المنشور بالجريدة الرسمية رقم ٣٢١ السنة ٤١ بتاريخ ٢٠٠٧/٥/٧م، اتفاقية التحكيم=

التحكيم وسيلة لفض النزاع، يقع خارج القضاء، من قبل أشخاص محايدين مختصين بفض النزاعات بحكم اختصاصهم في طبيعة النزاع، تنفيذاً لإرادة المتنازعين، وهذا مشروط بكون المتنازعين من أشخاص القانون الخاص، وبالتالي كون المنازعات في مسألة أو أكثر من منازعات القانون الخاص، وهذا لا يتعارض مع ما تذهب إليه كثير من الدول إلى جواز الالتجاء إلى التحكيم لفض المنازعات بشأن العقود الإدارية، لأنّ السلطة التنفيذية، وهي أحد أطراف العقد، لا يعتدّ بها على أنها من أشخاص القانون العام بل تعامل وعقودها الإدارية على قاعدة المساواة المراعاة في العلاقات القانونية في القانون الخاص، فلا توجب عندئذٍ صفة السلطة الإدارية في العقد أي امتياز لها، وإن احتمل ذلك إشكالية تنفيذ قرار المحكمين في الدولة التي صدر القرار ضدها أو حتى في دولة أخرى توجد فيها أموال لتلك الدولة خشية تردّي العلاقات بين الدولتين.

وبناءً على ما تقدم أمكننا تعريف مطلق التحكيم الجامع للاعتبارين المذكورين بأنه: (مجموع الأعمال الإرادية التي يتوصل بها محكم مختص أو أكثر إلى حسم نزاع من نزاعات القانون الخاص، سنداً لاتفاق أطراف العلاقة في تعيين التحكيم وسيلة لحسم النزاع بينهما)[1].

=بأنها: (الاتفاقية الخطية التي يبرمها الأطراف لإحالة النزاع الذي نشأ أو قد ينشأ بينهما إلى التحكيم. وتكون اتفاقية التحكيم في شكل شرط تحكيم أو مشارطة تحكيم مستقلة)، وحسناً فعل واضعو القواعد باعتمادهم في المادة ٦ منها الراجح فقهاً وتشريعاً في استقلالية اتفاق التحكيم، ونصها: (لا يعتبر اتفاق التحكيم الذي يعدّ أو من المفترض أن يكون جزءً من اتفاقية باطلاً أو غير موجود أو غير نافذ بسبب بطلان أو عدم استكمال وجود أو عدم نفاذ الاتفاقية، وبذلك يعتبر اتفاق التحكيم مستقلاً بذاته ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك).

1 . وعُرف التحكيم بأنه: (مجمل الأعمال أو العمليات التي تستهدف الفصل في نزاع من أنزعة القانون الخاص، بمقتضى اتفاق بين المعنيين به، عن طريق قضاة خاصين، مختارين من قبلهم، لا معينين من قبل القانون)، مصطفى محمد الجمال و عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية " قانون التحكيم التجاري المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م في ضوء=

فكانت ذاتيات " أركان " التحكيم باعتبار إطلاقه، بتقديري، هي :

١. اتفاق التحكيم، سواء اتخذ شكل الشرط أو الاتفاق اللاحق الملحق بالعقد الرئيسي قبل وقوع النزاع أو المشارطة بعد وقوعه، ذلك أن التراضي هو ركن العقد على التحقيق، وأنّ المحل والسبب من لوازمه غير المنفكة، اعتباراً بأنها من أركان الالتزام وليس العقد الذي تولّد أو نشأ الالتزام به.

٢. الحكم الصادر من المحكمين لحسم النزاع، اعتباراً بأنّ إجراءات التحكيم سابقة على حكم التحكيم، وهو الغاية من التحكيم، فكان لها حكم الوسيلة، ووسيلة الحكم ليست من ذاتيات الحكم، لأنها ليست مرادة لذاتها.

أما لوازم التحكيم، بتقديري، فهي:

١. أطراف الاتفاق على التحكيم، فلا اتفاق من غير أشخاصه، وما دامت إرادتهما قد توجهت إلى حسم النزاع المحتمل وقوعه أو الواقع فعلاً بواسطة التحكيم فلابدّ من النظر في الأهلية، وفي التعبير عن الإرادة، وخلوها من العيوب، وبعبارة أخرى قيام عناصر العقد اللازمة لانعقاده وصحته ونفاذه، وعقد التحكيم بطبيعته لازم لطرفيه[1].

=القانون المقارن وقانون التجارة الدولية، مع الإشارة إلى قوانين التحكيم العربية "، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١/ ١٩٩٨م، ص٢٣، وقالا أنه قريب منه تعريف أبو زيد رضوان، في كتابه الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، ص ١٩.

1. وقد جاء في قرار حديث لمحكمة تمييز دبي، الطعن رقم ٢٠٠٨/٢٧٢، بتاريخ ٢٠٠٩/١/٢٥م، ما نصه: (من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنّ شرط التحكيم يؤخذ ككل لا يتجزأ، وأنّ تعديل النص الوارد فيه بكيفية تعيين المحكمين وعددهم لا يفترض افتراضا بل يجب أن يتم التعديل بموافقة وإرادة المتعاقدين معا، وأنّ استظهار تعديل النص الخاص بكيفية تعيين المحكمين وعددهم المبين في العقد من عدمه من قبيل فهم وتحصيل الواقع في الدعوى، وهو مما تستقل به=

٢. المحكم، وليس بالضرورة تسميته في اتفاق التحكيم، ولكن يلزم أن لا يفرض على المتنازعين حَكم لم تتجه الإرادة إلى تعيينه بشكل مباشر أو غير مباشر، ومقصودنا بذلك كفاية الاتفاق على التحكيم للسير في إجراءات التحكيم حال وقوع النزاع، وقد يعيّن المحكم من قبل القضاء إذا لم يسمِ المتنازعان حكماً أو أكثر بينهما أو لم يتفقا على أحدهما، وقد يكون التعيين بواسطة مركز التحكيم الدولي المختار لحسم النزاع، ولكن يبقى مع ذلك أنّ تعيين المحكمين وقع بإرادة المتنازعين بشكل مباشر، أو بشكل غير مباشر من خلال حلول إرادة القاضي أو مركز التحكيم محل إرادة المتنازعين، وينزّل ذلك، بتقديرنا، منزلة التفويض الضمني، بدليل إمكان رفضهما تعيين القضاء لمحكم من خلال التنازل أو التراجع عن اتفاق التحكيم. وإذ أسندت للمحكم مهمة حسم نزاع معيّن فلابدّ من توفر شرط الاختصاص به، وهذا يجرنا إلى ضرورة توفر كمال الأهلية فيه[1]، والبحث في عدالته، بمعنى أنه ينحى أو يتنحى بما يصدق على القاضي من أسباب دفعه عن النظر في النزاع المعروض أمامه[2]، لا لكونه قاضياً بالمعنى الدقيق بل لكونه حاكماً في نزاع معروض عليه، فكان ما ذكر من لوازم عدل حكمه.

٣. عمل المحكم، ويجب أن يكون وفق نظام إجرائي معلوم متفق عليه أو قائم بالفعل يختاره المتنازعان[3].

=محكمة الموضوع بلا معقب عليها من محكمة التميز متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها ما يساندها في الأوراق).

1 . نصت المادة ١/٢٠٦ من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢م على: (لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو مفلساً ما لم يردّ إليه اعتباره).

2 . جاء في المادة ٤/٢٠٧ من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي على: (ولا يجوز ردّه عن الحكم إلا لأسباب تحدث أو تظهر بعد تعيين شخصه، ويطلب الردّ لذات الأسباب التي يردّ بها القاضي أو يعتبر بسببها غير صالح للحكم ..).

3 . نصت المادة ١/٢١٢ من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي على: (يصدر المحكم حكمه غير مقيد بإجراءات المرافعات عدا ما نص عليه في هذا الباب=

٤. محل النزاع، وهو واقعة مختلف فيها، ليس في حسمها من قبل طرف محايد استكمالاً لعناصر العقد أو الواقعة، ذلك أنّ استكمال العقد أو الواقعة سابق على التحكيم، كما في الاختلاف في تحديد بدل الإيجار أو ثمن المبيع بل حسم لنزاع متعلق بعقد قائم بالفعل، يكون الحكم بحسمه واجب التنفيذ[1].

المطلب الثاني
الطبيعة القانونية للتحكيم

وسنداً للجمع بين الاعتبارين المذكورين في المطلب السابق في تحديد ماهية التحكيم والغاية منه تمّ الاختلاف في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم على أربعة نظريات أو اتجاهات فقهية، هي:

١. نظرية الطبيعة التعاقدية للتحكيم: تعتمد هذه النظرية على المبدأ المنتج للتحكيم، لذلك انطلق أنصارها من مبدأ أنّ التحكيم مصدره اتفاق التحكيم، الذي ينشئ التحكيم ويرسم نطاقه ويحدد إجراءاته، بشكل مباشر أو غير مباشر، وكذلك الحال في تحديد المحكمين، وتعيين القانون الواجب التطبيق، فكان المحكمون لذلك ليسوا قضاةً وأنّ حكمهم هو قرار تحكيم يستمد حجيته من اتفاق التحكيم ذاته، ولذلك لا ينفذ هذا القرار تنفيذاً جبرياً إلا بمصادقة القضاء عليه، وأنّ مصادقة القضاء هي في حقيقتها إقرار وتنفيذ لاتفاق التحكيم[2]، فكان

=والإجراءات الخاصة بدعوة الخصوم وسماع أوجه دفاعهم وتمكينهم من تقديم مستنداتهم، ومع ذلك يجوز للخصوم الاتفاق على إجراءات معينة يسير عليها المحكم).

1 . أنظر بهذا المعنى: الجمال و عبد العال، مرجع سابق، ١٩ – ٢١.

2 . أنظر في ذلك: محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي " دراسة في قانون التجارة الدولية "، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م، ص ١٨، محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣م، ص ٢٦ وما بعدها، إسماعيل إبراهيم الزيادي، في=

مدار الأمر برمته على إرادة أطراف التحكيم[1].

٢. نظرية الطبيعة القضائية للتحكيم: وهي النظرية الأكثر شيوعاً واعتماداً في الفقه القانوني، وسندها بتقديرنا النظر إلى الغاية من التحكيم، وهي الحكم الذي يصدره المحكم ويحسم به النزاع، لذلك نجد أنصارها يقيمون نظرهم على أساس أنّ وظيفة المحكم في النزاع المعروض عليه هي الفصل فيه، وهي وظيفة قضائية بطبيعتها، بدليل أنّ حكمه يحوز حجية الأمر المقضي به، وأنّ المحكم في سبيل إصدار حكمه في حسم النزاع يتبع عناصر العمل القضائي من إدعاء ومنازعة وحكم، وأنّ اتفاق التحكيم إنما يعتد به سنداً لاعتراف القانون بالتحكيم وسيلة موازية لعمل القضاء في حسم النزاعات، وأنّ مصادقة القضاء على حكم المحكمين ليكتسب القوة التنفيذية له إنما هو

=التحكيم واجتهاد القضاء " نحو تدخل ناعم للقضاء في شؤون التحكيم "، مطابع أمون، القاهرة، ٢٠٠٧م، ص ٢٥، أحمد أنعم بن ناجي الصلاحي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي " دراسة مقارنة "، مركز الدراسات والبحوث اليمني، صنعاء، ط١/١٩٩٤م، ص ١٨ – ١٩.

1 . ويترتب على ذلك اعتبار عقد التحكيم عقداً مسمّى، خاضع للقواعد الخاصة بعقد التحكيم، سواء وردت أحكامه في قانون الإجراءات المدنية " المرافعات " أم في قانون خاص بالتحكيم، وللقواعد العامة في نظرية العقد. واللازم لذلك سيادة نظام العقد على نظام التحكيم، مع مراعاة أنّ عقد التحكم يستغرق عملية التحكيم برمتها، بحيث يستقيم مبدأً لتفسير كافة مراحل التحكيم بدءً من تعيين التحكيم وسيلة لحسم النزاع سنداً لإرادة أطراف التحكم، ومروراً بتعيين المحكم وإجراءات التحكيم، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، ووصولاً إلى صدور قرار التحكيم، بما يجعل صفة المحكم أقرب إلى الوكيل المشترك عن الطرفين منها إلى صفة القاضي الخاص، وبالتالي عدم خضوع قرار هيئة التحكيم للقواعد المقررة للأحكام القضائية، من حيث اكتسابه لحجية التنفيذ وإمكانية الطعن فيه بالطرق المقررة للطعن في الأحكام القضائية، إلا على سبيل الاستثناء المقرر بنصوص قانونية خاصة، بما يعني عدم جواز الطعن في غير ما ورد عليه الاستثناء. (أنظر في ذلك: الجمال و عبد العال، مرجع سابق، ص٣٨ – ٣٩، محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص١٩٢ – ١٩٣).

للتثبت من قبوله للتنفيذ، كما هو الحال في أمر التنفيذ للحكم القضائي الأجنبي المراد تنفيذه في إقليم الدولة. ولكن أبقى أنصار هذه النظرية الصفة القضائية للمحكمين في درجة أدنى من درجة القضاء العادي، خاصة باعتبار نطاق الولاية، فالولاية القضائية للمحكمين خاصة، بخلاف ولاية القضاء فهي عامة، وكذلك باعتبار المصدر الذي يمنح صلاحيات القاضي، فهي القانون في القضاء، بخلاف صفة وعمل المحكمين فهم يستمدون صلاحياتهم من اتفاق التحكيم بشكل مباشر، ولذلك وصفوا بأنهم قضاة خاصون[1].

---

1 . محسن شفيق، مرجع سابق، ص ١٨، التحيوي، مرجع سابق، ص ٢٢٣ وما بعدها، الزيادي، مرجع سابق، ص ٢٥ – ٢٦، الصلاحي، مرجع سابق، ص ١٩ وما بعدها. ولم تسلم هذه النظرية رغم سعة انتشارها من الانتقاد، ومن أبرز وجوه انتقادها: أنّ مصدر سلطة القاضي " العام " هي القانون، وأنّ وظيفته قانونية بحتة، تتمثل في حماية الحقوق والمراكز القانونية للأشخاص، ويشكل مجرد عن قيام النزاع، وأثر قيامه على مستقبل العلاقة بين الخصوم، وبعبارة أخرى حماية القانون الملزم بتطبيقه وفق إجراءات مرسومة له، مقيدة لعمله، ويخالف ذلك المحكم في التحكيم، فمصدر سلطته المباشرة اتفاق التحكيم، ووظيفته اجتماعية واقتصادية سلمية بحتة، تتمثل في حماية مصالح أطراف التحكيم، وبما يضمن في الغالب استمرار العلاقة بين أطراف النزاع وهو غير مقيّد بإجراءات التقاضي إلا إذا ألزمه أطراف التحكيم بها، التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح، ثمّ أنّ للقاضي العام مواصفات أو شروط معتبرة قانوناً، لا يجوز تجاوزها بحال، كما في اشتراط الجنس والجنسية والسن والمؤهلات العلمية المتخصصة بالقانون، وأنه لا يملك ردّ الدعوى لما في ذلك من إنكار للعدالة، وأنّ الدولة مسؤولية عنه ..، والمحكم غير مقيّد باعتبار الأصل في ذلك، فالأصل في اكتسابه صفة المحكم رضا أطراف التحكيم به، وإن تدخل القانون في فرض بعض القيود، كما في اشتراط الأهلية في المحكم، والمحكم لا يتمتع بسلطة الأمر على أطراف التحكيم والغير بخلاف القاضي، ثمّ أنّ حجية الحكم القضائي ذاتية، ولا يجوز تعديل الحكم فضلاً عن إلغائه بسبب ما يلحقه من عيب إلا بالطرق المقررة قانوناً لذلك، وفي مواعيدها المقررة قانوناً، أما حجية التنفيذ في حكم المحكم أو هيئة التحكيم فهي متوقفة على صدور الأمر بتنفيذه من القضاء العام، والقاعدة المقررة في حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم هي جواز رفع الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة بطلب بطلانه، تمسكاً بأي سبب من أسباب البطلان المقررة قانوناً، سواء تعلقت باتفاق التحكيم أم بإجراءات=

٣. نظرية الطبيعة المزدوجة للتحكيم: ويذهب أنصارها إلى الجمع بين مزايا النظريتين السابقتين، فيرون أنّ التحكيم ذو طبيعة مزدوجة أو ثنائية؛ عقدية وقضائية، ذلك أن العناصر الأساسية للتحكيم هي؛ اتفاق التحكيم، وإجراءات التحكيم، وحكم المحكمين الملزم، وذلك يعني أنّ التحكيم بدأ اتفاقاً أعقبه الإجراء وانتهى بقضاء[1]. ويذهب أنصار هذه النظرية إلى أنّ هذا التكييف للطبيعة القانونية للتحكيم هو الأنسب في التحكيم الدولي مراعاةً للمصلحة في التجارة الدولية التي تقتضي إطلاق حرية الإرادة في الالتجاء إلى التحكيم لفض النزاعات،

=التحكيم أم بحكم التحكيم، وهذا ما لا تجده باعتبار الأصل في حكم القاضي العام، وخلاصة الأمر أنّ التشابه بين النظام القضائي ونظام التحكيم باعتبار حسم النزاع لا يلزم منه نفي الاختلاف بينهما من حيث المبادئ أو الغاية أو التنظيم القانوني أو الآثار المترتبة على تنزيل أحكام كلّ نظام على أرض الواقع، ويبقى مع ذلك أنّ مقتضى النظرية يوجب نوعين من القضاء؛ قضاء الدولة وقضاء التحكيم، واللازم لذلك تطبيق قواعد قانون الإجراءات المدنية على خصومة التحكيم وأحكام التحكيم، بشكل مباشر أو بموجب الصلاحية الممنوحة لأطراف التحكيم وللمحكمين بتجاوز الإجراءات القانونية المقررة فيه، وهذا في حال غياب منع قانوني منه مقرر بقانون أو قواعد قانونية خاصة أو مقرر في اتفاق التحكيم أو في النظم القانونية الخاصة التي يحيل إليها اتفاق التحكيم. (أنظر في ذلك: التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، مرجع سابق، ص٣١٧ – ٣٣١).

1. وقد جاء في قضاء محكمة تمييز دبي، الطعن رقم ٥٠٢ لسنة ٢٠٠٢م، في جلسة ٢٢ مارس ٢٠٠٣م، ما يدلّ بوضوح على تبني المحكمة هذا الاتجاه، واعتمادها الرأي الأول الآتي ذكره في الهامش التالي، والقاضي بأنّ حكم المحكم يكتسب الصفة القضائية بصدوره وليس بصدور الأمر بتنفيذه، وعبّرت المحكمة على هذا الاتجاه بالقول: (إنّ صدور حكم التحكيم يؤدي إلى استنفاد سلطة المحكم فيما فصل فيه من نزاع بموجب اتفاق التحكيم، ويترتب على صدور حكم المحكم انتهاء الغرض من شرط التحكيم، سواء قضت المحكمة بالتصديق على الحكم أو قضت بإبطاله لأي سبب ولو كان متعلقاً بشكل الحكم، مما لازمه عدم جواز طرح ذات النزاع مرة أخرى أمام ذات المحكم السابق أو أمام محكم آخر إلا بموجب اتفاق جديد بين طرفي الخصومة، فإذا لم يتفق الطرفان على ذلك فإنه يحق لأي منهما أن يلجأ إلى القضاء للفصل في النزاع لزوال السبب الذي حجب ولاية المحكم عن النظر في الدعوى).

وذلك في الابتداء، لينتهي الأمر بحكم يصدر فيها يكون حجة بذاته، فلا يحتاج إلى دعوى يعقبها حكم يضفي عليه هذه الحجية[1].

---

1. محسن شفيق، مرجع سابق، ص ١٨، أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠١م، ص ٢٠، التحيوي، مرجع سابق، ٣٣٥ – ٣٣٨، الزيادي، مرجع سابق، ص ٢٦ – ٢٧. وقد اختلف أنصار هذه النظرية في تحديد الوقت الذي يتحول التحكيم فيه من الطبيعة التعاقدية إلى الطبيعة القانونية، فمنهم من يرى أن التحول إلى الطبيعة القضائية يتعيّن بوقت صدور قرار التحكيم، ويرى غيرهم أنّ ذلك يقع بصدور الأمر من القضاء بتنفيذ قرار التحكيم، وكان من شأن هذا الاختلاف إبراز نقطة ضعف هذه النظرية، وبتقديري أنّ ذلك متعلق بالقول الثاني الذي يرى أنّ الطبيعة القانونية تبدأ بصدور الأمر القضائي بتنفيذ حكم المحكم أو هيئة التحكيم، ذلك أن هذا التصور، وكما عبّر عن الفكرة التحيوي في المرجع السابق، الطبيعة القانونية..، ص ٣٤٠ " يهدر كلّ قيمة لنظام التحكيم، وتنظيمه، مما يتنافى مع مقصود المشرع ". والاختلاف المتقدم كشف بتقديري صعوبة الجمع بين النظريتين العقدية والقضائية في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، قد لا ينجح معها القول بالجمع بين التصورين العقدي والقضائي في التحكيم، فالمحكم في عمله سواء الإجرائي أم في تحديد وتطبيق القانون الواجب التطبيق، وقبل صدور قراره في النزاع المعروض عليه، هو ليس بقاضٍ باتفاق أنصار النظرية المختلطة، من حيث إنهم حددوا بدء الطبيعة القضائية بوقت صدور قرار التحكيم أو بصدور الأمر بتنفيذه، وإذا لم يكن قاضياً في تلك المدة، وكان عقد التحكيم هو المصدر الذي يستمد القاضي صلاحيته منه في ممارسته مهامه، فإنّ ذلك يتعارض مع اتجاه نظرية الطبيعة القضائية التي تجعل منه قاضياً خاصاً في تلك المدة اعتبارا بصورة ممارسته لمهامه نحو حسم النزاع بقرار تحكيم، فكان قرار التحكيم مظهراً من مظاهر صلاحيته أنه قاضٍ خاص في ذلك النزاع، فكان التعبير عن النظرية بالنظرية المختلطة تعبيراً غير دقيق بتقديرنا، اعتبارا بأنها لم تجمع بين النظريتين العقدية والقضائية، بحسب ما يفهم من الاختلاف المتقدم وما يترتب عليه من إشكالية منطقية بتقديرنا، بل هي تبرز نظرية ذات طبيعة مزدوجة في التحكيم، يظهر فيها الطابع القضائي في لحظة صدور قرار التحكيم أو في فترة الأمر بتنفيذه، اعتبارا بتحديد لحظة حسم النزاع، وهي اللحظة التي يمكن التعبير عن القرار الصادر فيها بأنه قرار قضائي " خاص " من حيث إنه حسم النزاع، وذلك شأن العمل القضائي، اعتباراً بأنه السلطة المختصة بموجب الدستور بحسم النزاعات، ولأجل ذلك عبّرنا عن النظرية بعبارة " النظرية المزدوجة " وليس النظرية المختلطة.

٤. نظرية ذاتية التحكيم[1] : ويذهب أنصارها إلى سلب صفة القضاء عن فصل النزاع بالتحكيم، فالتحكيم طريقة مخصوصة لفصل المنازعات، بدليل أنّ المحكم لا يتقيد بالإجراءات المحددة في القانون الإجرائي عند التقاضي أمام المحاكم إلا إذا قيده الأطراف بها، وأنّ العدالة التي يطمح أطراف التحكيم إلى تحقيقها توصف بأنها عدالة مرنة تجامل مصالحهم قبل أن تجامل الاعتبارات القانونية البحتة، وسنداً لذلك قد يكون المحكم مفوضاً بالصلح، وحتى في حالة التحكيم بالقانون قد يأتي المحكم بحلول وسطى يرضى عنها الخصوم، كما أنّ المحكمين غالباً ما يكونوا من أهل الاختصاص الفني والقانوني الأكثر تناسباً لخصوصيات موضوع النزاع، لتكون عدالتهم هي الأقرب إلى قصد أطراف التحكيم من عدالة محاكم الدولة[2]، ولذلك " لا ينبغي الزج

1 . واستند أنصار هذه النظرية إلى أنّ العقد ليس جوهر نظام التحكيم، بدليل أنّ القانون لا يجيز الاتفاق على التحكيم في وقائع، ويوجب التحكيم في وقائع " التحكيم الإجباري "، ويجيز التحكيم بطبيعة الحال في وقائع، بل أنّ تعيين المحكمين قد لا يتم بإرادة أطراف النزاع، كما في تعيينهم من قبل القضاء أو مراكز التحكيم الدائمة، وذلك مع قيام عقد التحكيم، ولذلك أمكن القول أنه إذا كان أساس نظام التحكيم إرادة الأطراف إلا أنها لا تفسر شموله وتطوراته، (أنظر: التحيوي، الطبيعة القانونية، مرجع سابق، ص٣٤٢ – ٣٤٣). ومن وجه آخر فإنّ التحكيم سابق في وجوده على وجود القضاء العام في الدولة، وأنه يباينه من وجوه، تقدم ذكر أبرزها، وبتقديري أنّ مما يؤيد هذه النظرية غياب السلطة القضائية الدولية، مما يبعد القول أنّ التحكيم، خاصة الدولي، فرع من القضاء العام، وإذا وجد الاختلاف الفقهي مجاله في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم الداخلي في إطار النظر إلى أنه عقدي أو قضائي أو مزدوج بينهما، إلا أنه لا ينبغي تعدية ذلك، وعلى أقل تقدير، إلى التحكيم الدولي في مراكز التحكيم الدولية، ليبقى بتقديرنا أنّ الراجح فيها هو نظامها الذاتي المستقل عن باقي الأنظمة المشابهة له من نواحي، وإن أمكن بقاء الاختلاف الفقهي المعروض بالنظريات الأربعة في إطار التحكيم الداخلي، والترجيح بينها.

2 . وجدي راغب، هل التحكيم نوع من القضاء، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة السابعة عشرة، العدد الأول والثاني، مارس – يونيو، =

بنظام التحكيم في أحضان أنظمة قانونية أخرى، يتشابه معها في أمور، ويختلف عنها في أمور أخرى "[1]. ويؤيد هذا الاتجاه بتقديري أنّ التحكيم سابق في وجوده على وجود القضاء العام في الدولة، وأنه يباينه من وجوه، تقدم ذكر أبرزها، وأنّ مما يؤيدها أيضاً غياب السلطة القضائية الدولية، مما يبعد القول أنّ التحكيم، خاصة الدولي، فرع من القضاء العام، وإذا وجد الاختلاف الفقهي مجاله في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم الداخلي في إطار النظر إلى أنه عقدي أو قضائي أو مزدوج بينهما، إلا أنه لا ينبغي تعدية ذلك، وعلى أقل تقدير، إلى التحكيم الدولي في مراكز التحكيم الدولية، ليبقى بتقديرنا أنّ الراجح فيها هو نظامها الذاتي المستقل عن باقي الأنظمة المشابهة له من نواحي، وإن أمكن بقاء الاختلاف الفقهي المعروض بالنظريات الأربعة في إطار التحكيم الداخلي، والترجيح بينها.

المطلب الثالث

نطاق التحكيم

تقدم أنّ التحكيم يرد على نزاع من نزاعات القانون الخاص، والنزاع باعتبار موضوعات القانون الخاص الرئيسة إما أن يكون في نطاق الأحوال الشخصية أو المعاملات المدنية أو المعاملات التجارية، وباعتبار مداه إما أن يكون التحكيم محلياً أو دولياً[2].

=١٩٩٣م، ص ١٣١ وما بعدها، الزيادي، مرجع سابق، ص ٢٧ — ٢٨، الزيادي، مرجع سابق، ص ٢٧ — ٢٨.

1 . التحيوي، الطبيعة القانونية، مرجع سابق، ص ٣٤٢.

2 . للتحكيم أنواع، هي: ١. التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري: والتحكيم الاختياري هو الأصل، ويرتكز على دعامتين هما؛ إرادة أطراف التحكيم، وإقرار الدولة لهذه الإرادة. أما التحكيم الإجباري ففيه يمتنع على الخصوم رفع نزاعهم إلى القضاء، وهو محدد فيما فرضه القانون، مثل فرض التحكيم وسيلة لحل النزاع العمالي في القانون الفرنسي. ٢. التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح: وفي الصورة الأولى يتقيّد المحكم بقواعد القانون الموضوعي؛ فيمارس=

والذي يعنينا بالنظر إلى خصوصية البحث ليس تفصيل مسائل التحكيم في المفردات المذكورة بل قصر النظر على الطبيعة القانونية للتحكيم، وهذه الطبيعة تجد مجالها في البحث في التمييز بين التحكيم المحلي والتحكيم الدولي، وهو عادةً يجد مجاله في التعامل التجاري، من حيث إنّ هذا التعامل قد ينحصر في نطاق إقليم الدولة، وقد يتعدى نطاقها الإقليمي، ويكون انتقال السلع والبضائع فيه عبر الحدود. وكلا النوعين، المحلي والدولي، يصلح لأن يراد به حسم النزاع في أحد موضوعات القانون الخاص عن طريق التحكيم، ولكن لخصوصية التجارة الدولية ذات البعد المؤثر في اقتصاديات الدول وربطها ببعضها تمّ تمييز التحكيم فيها عن التحكيم المحلي، وكان إنشاء مراكز وهيئات التحكيم الدولية المختصة بالنظر في النزاعات الناشئة عن العلاقات التجارية ذات الطابع الدولي أثراً لهذه الخصوصية.

وسنداً لذلك يكون التحكيم محلياً متى كان محل إقامة أطراف التحكيم أو مركز الأعمال الرئيسي لطرفي التحكيم، وقت إبرام اتفاق التحكيم، واقعاً في دولة واحدة. أما التحكيم الدولي فهو الذي يكون موضوعه نزاعاً

=سلطة القضاء في حسم النزاع المعروض عليه. أما التحكيم بالصلح فلا يتقيّد فيه المحكم بقواعد القانون الموضوعي بل يحكم بما يراه حكماً عدلاً بغض النظر عن موافقة رأيه لقواعد القانون الموضوعي، ولا يكون حكمه قابلاً للطعن. ٣. التحكيم الوطني والتحكيم الدولي: ومن آثار هذا التقسيم عدم اشتراط تسبيب حكم المحكم في التحكيم الدولي، ولا يشكل ذلك خرقاً للنظام العام، بخلاف التحكيم الوطني. ٤. التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر: والأول تتولاه هيئات منظمة دولية أو وطنية، وفق قواعد وإجراءات محددة سلفاً، تحددها الاتفاقات الدولية أو القرارات المنشئة لهذه الهيئات، وأصبح هذا التحكيم هو القاعدة في مجال التجارة الدولية. أما التحكيم الحر فيتولى بموجبه محكم أو أكثر يختاره أطراف التحكيم، يحسم النزاع بينهما وفقاً لما حدده الخصوم من قواعد وإلا فوفقاً للقواعد العامة في التحكيم. (أنظر في ذلك: محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية " اتفاق التحكيم "، دار الفكر العربي، ١٩٩٠م، ص ٣٥ – ٤٩، الرفاعي، مرجع سابق، ص ١٣ - ١٨).

متعلقاً بالتجارة الدولية، وهو يكون كذلك إذا كان مركز الأعمال الرئيسي لأحد أطراف التحكيم، فضلاً عن مركز الأعمال الرئيسي لكليهما، واقعاً في دولتين، وذلك لتعديه النطاق الإقليمي لإحدى الدولتين، وإذا تعددت مراكز الأعمال لأحد طرفي التحكيم أو لكليهما كان الاعتداد بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم، وهذا تطبيق لقواعد الإسناد الخاصة بتعيين القانون الواجب التطبيق حال عدم الاتفاق على قانون يحكم موضوع اتفاق التحكيم، قانون العقد، ويأخذ عدم تحديد أطراف التحكيم مركز تحكيم مختص بحكم موضوع التحكيم نفس الحكم. وفي هذا تغليب للمعيار الاقتصادي[1] على المعيار الموضوعي في اختصاص القانون الوطني حال وقوع مركز الأعمال الرئيسي في دولة أحد طرفي التحكيم، وإلا فلأطراف التحكيم الاتفاق على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة مركز تحكيم له مقر في دولة أحدهما أو في الخارج[2]، ولازم ذلك إبعاد الجنسية ومحل الإقامة ومحل إبرام العقد ظروفاً أو ضوابط لتحديد القانون الواجب التطبيق حال الاتفاق على قانون أو نظام يحكم النزاع، فالإرادة الصريحة أو المفترضة لأطراف التحكيم هي المعيار في تحديد القانون أو النظام

---

١ . الجمال و عبد العال، مرجع سابق، ص ٨٢.

٢ . هذا هو منهج قانون الأونسترال النموذجي الذي جمع بين معيار القانون الانجليزي الذي يعتبر التحكيم دولياً عندما يكون محل الإقامة المعتاد لأحد أطراف التحكيم أجنبيا، أو عندما يكون مركز الأعمال الرئيسي للشخص الاعتباري في دولة أجنبية، وبين المعيار الذي اعتمده القانون الفرنسي في اعتبار التحكيم دوليا عندما يكون له صلة بالتجارة الدولية، فالأول يقصر النظر على صفة أطراف التحكيم، والثاني يقصر النظر على صفة العمل التجاري. وقد أخذ بهذا المنهج قانون التحكيم المصري في المادة الأولى والسادسة منه. أنظر في ذلك: إيهاب السنباطي، موسوعة الإطار القانوني للتجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧م، ص٢٩٦ — ٢٩٧، الجمال وعبد العال، مرجع سابق، ص ٨٢.

Phillip Capper, International Arbitraton: A handbook, third edition, LLP, London , 2004, P. 4-5.

الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، مع مراعاة الاختلاف الفقهي في تحديد القانون الواجب التطبيق بشأن إجراءات التحكيم [1].

---

1 . انقسمت الآراء الفقهية في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم على اتجاهين، علماً أنّ هذه الإجراءات تبدأ من لحظة طلب التحكيم المقدم من أحد أطراف النزاع أو من كليهما إلى وقت إصدار قرار التحكيم بصيغته النهائية. يذهب أحد الاتجاهين إلى أنّ القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي يجري على إقليمها مقر التحكيم، ويذهب الاتجاه الثاني إلى أنّ القانون الواجب التطبيق هو قانون العقد، أي القانون الذي يختاره أطراف التحكيم. وفي التحكيم الخاص يكون لإرادة أطراف التحكيم دورا هاما في اختيار القانون الذي يحكم نزاعهما. أما في التحكيم المنظم فإنّ الأطراف يعبرون في الغالب عن إرادتهم في إيجاد حلّ للنزاع وفقاً لقواعد التحكيم لإحدى مؤسسات أو مراكز التحكيم، وهذا لا يمنع أطراف التحكيم من اتفاقهما على تعيين قانون يحكم نزاعهما، إلا أنّ سكوتهما عن تعيينه يعني ترك الأمر للقانون المعتمد في التحكيم في مؤسسات أو مراكز التحكيم، وهذا يعني أن سكوتهما عن تعيين قانون واجب التطبيق صراحة يفسر على أنه اتفاق ضمني على تعيين القانون المعتمد لدى مؤسسة أو مركز التحكيم لحكم النزاع القائم بينهما، فرجع الأمر في كليته إلى إرادة أطراف التحكيم. أنظر في هذا المعنى: فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الجزء الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ١٩٩٧م، ص ١٦٦ – ١٦٧. ونجد من جانب آخر أنّ الأمر يتسع في تحديد القانون الواجب التطبيق عند رفع النزاع على سبيل المثل إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار **ICSID** حال غياب الاتفاق الصريح من قبل أطراف النزاع على تعيين قانون يحكم النزاع، فسنداً للمادة ١/٤٢ من الاتفاقية المنشئة للمركز، والمبرمة في واشنطن في ١٩٦٥/٨/٢٥م، يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي شاملاً للقواعد الخاصة بتنازع القوانين، فبموجب قواعد الإسناد في قانون الدولة المضيفة يتعين القانون الواجب التطبيق، سواء أكان هو قانون الدولة أو قانون أجنبي، وذلك اعتباراً بأنّ سكوت الطرفين عن تحديد قانون واجب التطبيق في اتفاق التحكيم يفسر على أنه اتفاق ضمني بينهما على تطبيق ما يقضي به قانون الدولة المضيفة، وإذا وجدت هيئة التحكيم فراغاً في قواعد الإسناد في قانون الدولة المضيفة أو مخالفة لقواعد القانون الدولي الخاص المراعاة دولياً أمكن لها سدّ هذا الفراغ بقواعد قانونية مناسبة في نظم قانونية أخرى، كقانون دولة المستثمر أو حتى قانون دولة ثالثة أو القواعد العامة في القانون الدولي الخاص. وقد خولت المادة ٣/٤٢ من الاتفاقية هيئة التحكيم سلطة الفصل في المنازعات طبقاً لقواعد العدالة، ونرى في هذا الفرض أنّ الاتفاقية تجاوزت الإرادة الصريحة والضمنية لأطراف التحكيم إلى القواعد=

والعبرة في وقت تحديد مركز الأعمال الرئيسي لطرفي التحكيم، بحسب ما تقدم، هو وقت الاتفاق على التحكيم لا قبله ولا بعده، فإذا كان مركز الأعمال الرئيسي في دولة أحد طرفي التحكيم ثمّ انتقل إلى دولة أخرى وقت الاتفاق على التحكيم، أو إذا كان المركز وقت التحكيم في دولة ثمّ انتقل إلى غيرها، فالعبرة في الافتراضين النظر إلى موقع مركز الأعمال الرئيسي وقت الاتفاق على التحكيم، وبطبيعة الحال لا يدخل ضمن نطاق هذا الحكم تعديل اتفاق التحكيم تبعاً لتغيّر موقع مركز الأعمال الرئيسي، ولكن ذلك مشروط بحصوله قبل وقوع النزاع، ويمكن بعده ولكن باتفاق تحكيم جديد تراضى عليه الطرفان بعد وقوع النزاع " المشارطة "، ويعتبر هذا الاتفاق ناسخاً لاتفاق التحكيم السابق له، وحرية إرادة طرفي التحكيم تملك ذلك، سنداً لمبدأ سلطان الإرادة، ما لم يترتب على الاتفاق الجديد خرق للنظام العام.

=القانونية لدولة ثالثة أو قواعد العدالة في ضوء ما تقتنع به هيئة التحكيم، وإن كان ذلك مقيداً بعرف التعامل التجاري الدولي بطبيعة الحال، حفاظاً على حيادية هيئة التحكيم. أنظر في هذا المعنى: جلال وفاء محمدين، مرجع سابق، ص ٦١ – ٦٢. بينما نصت المادة ٢١ من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري على: (١. تفصل الهيئة في النزاع وفقاً للعقد المبرم بين الطرفين وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمناً إن وجد وإلا فوفق أحكام القانون الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع، على أن تراعى قواعد الأعراف التجارية الدولية المستقرة. ٢. على الهيئة أن تفصل في النزاع وفق قواعد العدالة إذا اتفق الطرفان صراحة على ذلك). فكان القانون الواجب التطبيق هو القانون المتفق عليه صراحة أو ضمناً، وإلا فالقانون الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع، وهذا القانون تحدده هيئة التحكيم وفقاً للأعراف التجارية الدولية المستقرة، ويجوز الحكم بموجب قواعد العدالة، وحصر الحكم والإجراءات بموجبه، ولكن بشرط اتفاق الطرفين صراحة على ذلك، وهذا صورة للتحكيم بالصلح ولكن على نطاق التحكيم الدولي. وبهذا السياق جاء نص المادة ٤/٣٣ من قواعد التحكيم لدى مركز دبي للتحكيم الدولي: (للهيئة سلطة الأخذ بمبدأ " الصلح " أو بمبدأ " العدالة والإنصاف "، وذلك فقط إذا كان الأطراف قد اتفقوا صراحة وكتابة على منحها هذه السلطة).

المبحث الثاني

اتجاه الفقه الإسلامي في التحكيم وطبيعته الشرعية " القانونية "

ما تقدم بيانه في المبحث السابق يتوافق مع اتجاه الفقه الإسلامي الذي يرى بعد جواز التحكيم، لثبوته بالكتاب والسنة وإجماع الأمة، وذلك لقيامه على المصلحة، أنّ المحكم ينزّل منزلة القاضي إلا أنّ التحكيم يبقى أدنى مرتبة من القضاء، كما أنه يباينه في أمور، وبحسب البيان الآتي:

أما علة التحكيم فقد نصّ الفقهاء على: (وإنما المقصود بالذات من التحكيم الإصلاح)[1]، من حيث إنّ المصلحة تقوم بجلب ما هو نافع أو درء ما هو فاسد، وفي درء مفسدة التنازع والحكم بالحقوق إلى مستحقيها إصلاح، وأحكام الشريعة معللة[2] بمصالح العباد[3].

وأما من حيث قيام الدليل النقلي على جوازه فقالوا: (الأصل في جواز التحكيم قوله تعالى: { فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا

---

1 . الدسوقي، حاشية الدسوقي، دار الفكر، باب في النكاح، ج ٢ / ٢١٤.

2 . يقول الإمام الشاطبي، إبراهيم بن موسى، في معنى العلة في كتابه الموافقات في أصول الفقه، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، مصر، ١٩٦٩م، ١٧٩/١ أنها: (الحِكَم والمصالح التي تعلقت بها الأوامر أو الإباحة، أو المفاسد التي تعلقت بها النواهي).

3 . أنظر في ذلك: الشاطبي، المرجع السابق، ٢/ ٣ – ٤، بادشاه، محمد أمين، تيسير التحرير على كتاب التحرير " لابن همام "، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٣٥١هـ، ٣٠٦/٣، الآمدي، علي بن أبي علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، مصر، ١٩٦٨م، ٨١/٣. ويقول الشاطبي في المرجع السابق، ٣٥/٢: و(لا يرتاب في ثبوتها شرعاً أحد ممن ينتمي إلى الاجتهاد من أهل الشرع، وأنّ اعتبارها مقصود للشارع)، ويقول الأسنوي، جما الدين، في كتابه نهاية السول في شرح منهاج البيضاوي، مطبعة التوفيق الأدبية، مصر، ٤٤/٣: (لأنّا استقرينا أحكام الشرع فوجدنا كلّ حكم منها مشتملاً على مصلحة عائدة إلى العباد، يُعلم منه أنّ الله تعالى شرّع أحكامه لرعاية مصلحة عباده على سبيل التفضّل والإحسان).

إصلاحاً يوفق الله بينهما}[1] ، والصحابة رضي الله عنهم كانوا مجمعين على جواز التحكيم)[2]. أما السنة النبوية المطهرة فقد أوردوا بشأنها قولهم: (فإن تحاكم رجلان إلى من يصلح للقضاء، فحكّماه ليحكم بينهما، جاز، لما روى أبو شريح أنه قال: يا رسول الله إن قومي إذا اختلفوا في شيء، أتوني، فحكمت بينهم، فرضي عليَّ الفريقان، فقال رسول الله : «ما أحسن هذا»[3])[4]. فكان الدليل ثابتاً بالكتاب والسنة وإجماع الصحابة، وهي أقوى الأدلة الشرعية، ومقدمة على المصلحة في المجتهدات، مع أن أحكام الشريعة كلها معللة بمصالح العباد، إلا أنّ دليل المصلحة لا يسلم من الاختلاف في تقدير تحققها أو في مدى قوتها ومعارضتها بمصلحة أخرى ..

ومن صوره التجاء الصحابة رضوان الله عليهم إلى التحكيم وسيلة لفض المنازعات بينهم، وفي ذلك روي: (أن أبي بن كعب وعمر بن

---

1 . سورة النساء/٣٥. وهناك آية عامة في التحكيم، أي أنّ حكمها غير مقصور على النزاع بين الزوجين، وهي قوله تعالى: (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا)، سورة النساء/٥٨، فالخطاب فيها غير مقصور على القضاة بل هو عام، فشمل عمومه التحكيم في المنازعات، مع ذكر الأساس الشرعي له وهو العدل.

2 . السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، دار الكتب العلمية، ١٩٩٣م، كتاب الصلح، ج ٢١ / ٦٢.

3 . رواه أبو داوود، سنن أبي داوود، دار إحياء التراث العربي، باب في تغيير الاسم القبيح، ٢٩٦/١٣، رقم الحديث ٤٩٥١ . وقبل ذلك بتقديرنا تحكيم الرسول عليه الصلاة والسلام سعد بن معاذ رضي الله عنه في بني قريظة، وفي الحديث: (نزلَ أهلُ قريظةَ على حكمِ سعدِ بن مُعاذ، فأرسلَ النبيُّ صلى الله عليه وسلم إلى سعدٍ فأتى على حمار، فلما دَنا من المسجدِ قال للأنصار: قوموا إلى سيِّدِكُمْ - أو خَيرِكم - فقال: هؤلاءِ نزلوا عَلَى حكمك ..). رواه البخاري، صحيح البخاري، دار إحياء التراث العربي، باب مرجع النبي صلى الله عليه وسلم من الأحزاب، ١٥١٠/٤، رقم الحديث ٤٠٣٢.

4 . المقدسي، عبد الله بن أحمد بن قدامة، الكافي، المكتب الإسلامي، ١٩٨٨م، ج٤ / ٤٣٦.

الخطاب، رضي الله عنهما، اختصما في شيء فحكّما زيد ابن ثابت، رضي الله عنه. فأتياه في منزله قال زيد، رضي الله عنه، هلا أرسلت إليَّ يا أمير المؤمنين قال عمر، رضي الله عنه، في بيته يؤتي الحَكم[1]. وفي هذا .. دليل جواز التحكيم، فقد حكّما زيد ابن ثابت، رضي الله عنه، وإنما حكّماه لفقهه فقد كان مقداماً معروفاً فيهم بذلك .. وفيه دليل على أن الإمام لا يكون قاضياً في حق نفسه[2]، فعمر، رضي الله عنه، في خصومته حكّم زيداً ابن ثابت، رضي الله عنه.. فأتى زيد لعمر، رضي الله عنهما، بوسادة وكان هذا منه امتثالاً لما ندب إليه رسول الله، صلى الله عليه وسلم، في قوله «إذا أتاكم كريم قوم فأكرموه»[3]، وقد بسط رسول الله، صلى الله عليه وسلم، لعدي بن حاتم رداءه حين أتاه، ولكن عمر، رضي الله عنه، لم يستحسن ذلك منه في هذا الوقت، فقال هذا أوّل جورك. وفيه دليل وجوب التسوية بين الخصمين في كل ما يتمكن القاضي منه، وما كان ذلك يخفي على زيد، رضي الله عنه، ولكن وقع عنده أن الحكم في هذا ليس كالقاضي وأن الخليفة في هذا ليس كغيره فبين له عمر، رضي الله عنه، إن الحكم في حق الخصمين كالقاضي[4])[5]، وقالوا: (وينبغي أن

---

1 . وهذا يدلّ على أن المتنازعين يأتيان المحكم في محله أو مركز عمله من حيث هو محكم للفصل بين أطراف النزاع.

2 . ويؤخذ من ذلك وجوب أن يكون المحكم طرفاً ثالثاً محايداً، ولا ينفذ اتفاق التحكيم بالنزول على رأي أحدهما إلا إذا قبله الطرف الآخر.

3 . السنن الكبرى للبيهقي، دار الفكر، باب ما على السلطان من إكرام وجوه الناس، ١٢/٣١٨، رقم الحديث ١٧٠٢١.

4 . ويؤخذ من ذلك اختلاف عمر مع زيد في بداية الأمر على الطبيعة الشرعية أو القانونية لعمل المحكم، هل عمله كعمل القاضي فيلزمه ما يلزم القاضي أم أنه ليس كذلك. وقطع عمر بأنه بحق المتخاصمين قاضٍ، وهو بذلك قاض خاص ليس له ولاية عامة كما للقاضي في القضاء العادي.

5 . السرخسي، مرجع سابق، باب أدب، ج ١٦ / ٥٩.

يكون المحكم كالقاضي فيما يجوز به التحكيم بشروطه)[1] ، و(والشهادة عند المحكم كالشهادة عند القاضي)[2]. وهنا نلاحظ دقة التعبير في وصف المحكم فهو كالقاضي وليس قاضياً بالمعنى الاصطلاحي لهذه الكلمة، سبب هذا التشبيه هو أنّ عمل المحكم كعمل القاضي في حسم النزاعات المعروضة عليه، فالاختلاف بينهما يبقى قائماً خاصة في نطاق الولاية ومصدرها، بحسب ما قدمنا قريباً، فولاية القاضي عامة مستمدة من القانون، بخلاف ولاية المحكم فهي مستمدة من إرادة أطراف التحكيم، ولذلك كان قاضياً ولكن قضاؤه قضاءً خاصاً.

وقالوا في السبب الموجب لنزول مرتبة التحكيم عن مرتبة القضاء، وإن كان التحكيم فرعاً من القضاء عندهم، التحكيم: (من فروع القضاء و" إن " كان أحط رتبة من القضاء .. لكونه صلحاً من وجه)[3]، وأنّ: (الحكم من المحكمين بمنزلة حكم القاضي المقلّد)[4]، وذلك اعتباراً بأنهم كانوا يفرقون بين القاضي المجتهد والقاضي المقلّد. فاجتمع بموجب ما تقدم في الطبيعة القانونية للتحكيم في الفقه الإسلامي أنّ عمل المحكم كعمل القاضي، وينزّل حكمه منزلة حكم القاضي، لكن مصدر نفاذ حكمه هو إرادة أطراف التحكيم، وأنّ اتفاق التحكيم لا يصح في كلّ المنازعات، بحسب ما سيأتي ذكر قول الفقهاء في ذلك، وأنه يعتبر صلحاً من وجه.

وإذا كان المحكم كالقاضي في الفصل في المنازعة محل التحكيم فإنّ لازم ذلك خضوع حكمه لنظر القضاء لتبيّن صحة الحكم ما لم يتراضى المتنازعان بالحكم، لأنّ رضاهما بما لا يخالف النظام العام مظهر للصلح

---

1 . ابن عابدين، محمد أمين، حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، كتاب الدعوى، ج ٨ / ٣.
2 . النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، دار الفكر، كتاب الشهادات، ج ١٠ / ٦٤.
3 . ابن عابدين، مرجع سابق، ج ٥ / ٥٧٣.
4 . الكاساني، علاء الدين أبو بكر، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الفكر، كتاب أدب القاضي، ج ٣/٧.

بينهما على رأي المحكم، وجاء في هذا المعنى قولهم: (التحكيم مشروع، قال الله تعالى عز شأنه: {فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا} فكان الحكم من الحكمين بمنزلة حكم القاضي المقلّد، إلا أنهما يفترقان في أشياء مخصوصة: منها أن الحكم في الحدود والقصاص لا يصح، ومنها أنه ليس بلازم ما لم يتصل به الحكم حتى لو رجع أحد المتحاكمين قبل الحكم يصح رجوعه[1]، وإذا حكم صار لازماً. ومنها: أنه إذا حكم في فصل مجتهد فيه ثم رفع حكمه إلى القاضي ورأيه يخالف رأي المحكم له أن يفسخ حكمه)[2]، وحكم المحكم لا يرفع إلى القاضي إلا للطعن فيه بحجة مخالفته للشريعة، أو للمصادقة عليه حتى ينفذ بحق أطراف التحكيم، فكان فسخه من القاضي المجتهد بمنزلة نقضه لمخالفته أحكام الشريعة، وفسخه لا ينقض اتفاق التحكيم، ولكن يعيد النزاع للفصل بما يوافق الشريعة، وهو مع ذلك محل خلاف فقهي، دليله قولهم: (لو أن رجلين حكّما بينهما رجلاً فحكم بينهما أمضاه القاضي ولا يرده إلا أن يكون جوراً بيناً. ابن عرفة: ظاهره ولو كان مخالفاً لما عند القاضي. ابن الحارث: قال ابن القاسم : ليس له فسخه إن خالف رأيه)[3]، فكان مجرد الاختلاف في حكم الواقعة بين المحكم والقاضي في المجتهدات مانعاً من الفسخ بحسب اتجاه فقهي، لأنه غير مقطوع بمخالفة حكم المحكم لحكم الشريعة في الواقعة لغياب الدليل القطعي أو الظاهر على ذلك، وهذا لا يشمل بطبيعة الحال ما كان جوراً بيناً، فللقاضي فسخه، وقالوا في تحديد معيار الفسخ

---

1 . وهذا التخريج الفقهي يقضي بعدم لزوم اتفاق التحكيم لأطرافه، وهو يباين ما عليه القانون بمذهبه بلزوم اتفاق التحكيم لطرفيه.

2 . الكاساني، المرجع السابق، كتاب أدب القاضي، ج ٧ / ٣.

3 . الموّاق، محمد بن يوسف العبدري، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، ١٩٩٥م، كتاب القضاء والشهادة، ج ٨ / ٦٣.

أو النقض: (وإذا رفع حكم المحكم إلى القاضي، لم ينقضه إلا بما ينقض قضاء غيره)[1]

الطبيعة الشرعية " القانونية " للتحكيم في الفقه الإسلامي:

وبناءً على ما ورد في النصوص الفقهية المتقدمة فإنّ الطبيعة الشرعية " القانونية " للتحكيم هي طبيعة قضائية، فعمل المحكم كعمل القاضي في حدود النزاع المعروض عليه، وأنّ حكمه نافذ بحق الأطراف، وليس للقاضي نقضه إلا إذا وجد في حكم المحكم مناقضةً لثوابت الشريعة. وفي نفاذ حكم المحكم بحق أطراف التحكيم المتنازعَين جاء قولهم: (فكأنّ الحكم واقع من القاضي)[2]، و: (فإذا حكم بينهم، لزم حكمه، لأن من جاز حكمه، لزم، كقاضي الإمام. فإن رجع أحد الخصمين عن تحكيمه، قبل شروعه في الحكم، فله ذلك، لأنه إنما صار حكماً لرضاه به، فاعتبر دوام الرضا. وإن رجع بعد شروعه فيه، وقبل تمامه، ففيه وجهان. أحدهما: له ذلك، لأن الحكم لم يتم، أشبه ما قبل الشروع. والثاني: ليس له ذلك، لأنه يؤدي إلى أن كل واحد منهما، إذا رأى من الحكم ما لا يوافقه، رجع، فيبطل المقصود بذلك[3])[4].

المبحث الثالث

مبادئ العدل في التحكيم

العدل في تحديد ماهيته وإنزاله على أرض الواقع شكّل وما زال قضية الإنسان والإنسانية المحورية. هي القضية القديمة الحديثة الباقية ببقاء الإنسان وصراعاته نحو تحقيق حقوقه وأمنه، ذلك أنّ العدل هو الصورة المثلى

1 . النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، كتاب القضاء، ج ٩ / ٢٦٣.
2 . الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، باب في القضاء، ج ٤ / ١٢٩.
3 . وهذا يدلّ على أنّ حالة اللالزوم في اتفاق التحكيم تنهي بمباشرة المحكم لمهامه المناطة به في فصل النزاع، وبمباشرته هذه ينقلب اتفاق التحكيم إلى حالة اللزوم، وهذا يدلّ على لزوم اتفاق التحكيم، وهو ما سارت عليه القوانين.
4 . المقدسي، الكافي، مرجع سابق، ج٤ / ٤٣٦.

للإنسان في ظهوره بكماله النشئي والمعرفي والوظيفي في هذا الوجود الدنيوي. فشكّل لذلك باعثاً فطرياً على تحصيل الإنسان له، لا يجد عنه محيصاً لعدم انفكاك فطرته عنه، لا فرق في ذلك في أفراد هذا الجنس البشري. ولا يمنع ذلك ظهور ما يقابله في الوجود من معنى، وهو الظلم، والذي مردّه حجب هذه الفطرة - بشكل كلي أو نسبي وهو الغالب - التي أنشأها الله تعالى سليمة، بمعرفة ناقصة أو جهل قائم بصاحبها أو بشهوة تغلب عليه في تحصيل مراده ولو على حساب كماله وكمال النظام الإنساني المطلوب قيامه ودوامه. وقد قام دليل ذلك في قوله تعالى: (فطرة الله التي فطر الناس عليها)، فقرنت الفطرة بالله تعالى فدل ذلك على كمالها وسلامتها، وأضيفت إلى الناس دون تقييد لبيان عمومها دون تخصيص. وجاء الحديث مصدقاً لذلك بقوله عليه الصلاة والسلام: (يولد المرء على الفطرة ..)، ولكن قام حجبها لعارض سببه الأبوان. والأبوان في المعنى ما انتسب إليهما الإنسان في تلقي واكتساب معارفه وأخلاقه وبالتالي اعتقاده، وذلك مصدر أفعاله الواقعة موافقة لها. ولما وقع ذلك وقع تبعاً له الاختلاف في تحديد ماهية العدل في الإنسان في نظامه الخارج عنه الممثل في المجتمع بدرجاته وصولاً إلى المجتمع الدولي.

وما زال العدل حتى زماننا هذا يمثل في غالب بقاع الأرض إرادة الأقوى، كذلك عدل غالب القوانين، هو عدل السلطة الحاكمة على المجتمع، عدل من تملك زمام القوة فيه [1]، كما هو الحال النظام الاقتصادي العالمي الذي تتحكم فيه وترسم سياسته وسياسة أنظمة الحكم في المجتمعات - بشكل مباشر أو غير مباشر - الشركات العالمية المتعددة الجنسيات، والتي لا يعدو عددها عن ٥٠ شركة، ٣٣ شركة منها، وهو

1. وهذا النظر يعود إلى الفلسفة السفسطائية اليونانية، فالعدالة عندهم هي حكم الأقوى. أنظر: مفهوم العدالة بين الفكر الإسلامي والفكر الغربي - زكريا بشير إمام - دار روائع مجدلاوي - عمان/الأردن - ط١/٢٠٠٣، ص ١٨ وما بعدها.

يمثل ثلثا هذا العدد تمثله شركات أمريكية، وذلك كافٍ لفرض سيطرتها حتى على منظمة التجارة العالمية والاتفاقيات الدولية ذات الصلة[1].

ولما كانت الحقائق الوجودية متقابلة، لزم أن تخلق القوة قوة مقابلة لها، دافعة لأثرها عن الإنسان والمجتمع، ولو اقتضى ظهورها زمناً قد يطول لاكتمال بنائها. فهذه القوة هي قوة الشعوب الباحثة عن الخلاص من رق المثيل، السلطة الحاكمة التي ارتسمت لنفسها معاني الإلوهية، ولسان حالها يقول بأنها لا تسأل عما تفعل وهم، أي الشعوب، يسألون.

والعدل في تنزيله على أرض الواقع يتنوع بتنوع مجالات هذا الواقع، وبذلك عرفت مجالات العدالة التكافؤية والتوزيعية والقانونية[2] ولاجتماعية والاقتصادية.. .

وبقي القول ما أصل هذا العدل ؟ لا شك أنّ كل مجتمع في عمر الإنسانية استمد علمه في تحديد المصدر من بيئته الثقافية بما ساد فيها من عقيدة وفلسفة وأنظمة حكم وتقاليد اجتماعية ... . وجماع ذلك إعمال ملكات العقل في إدراك النظام الذي يجب أن يكون عليه الإنسان والمجتمع، وتلك الملكات تتفاوت بين الناس، فضلاً عن أنّ العقل محصور بما يحيطه من مدركات محسوسة أولاً، ينطلق منها للبحث في ضوء قدراته

---

1. سيف الدين نجم العزاوي، الحماية المدنية لبرامج الحاسب الآلي، صورها وإشكالاتها والحلول المقترحة، مكتبة الجامعة، الشارقة، ط١/٢٠١٢، ص ١٧٧.
2. العدالة التكافؤية (التقابلية) تحكم العلاقات بين الأفراد الطبيعيين والحكميين، وتقوم على أساس المساواة بين المكلفين في التكاليف والمنافع والرخص. أما العدالة التوزيعية فهي التي تحكم الصلة بين السلطة وبين الرعية، وهي تهدف إلى توزيع المنافع الاجتماعية والتكاليف العامة بين أعضاء المجتمع بصورة تناسبية. وأما العدالة القانونية هي التي ينظر فيها إلى الصلة بين العدالة بين القانون، هي عدالة في أطار القانون. (العدالة في تراث الرافدين وفي الفكرين اليوناني والعربي الإسلامي، صلاح الدين ناهي، الدار العربية للموسوعات، بيروت، ط١/١٩٨٤م، ص ٢٩ – ٣٠).

المحدودة عن البحث عن الكليات من الماهيات، وهي مفاهيم مجردة عن المادة والصورة، وسنداً لذلك اعتبرت مجردات[1].

وليس للمجتمع الإسلامي إلا اللجوء إلا الشريعة الإسلامية في تحديد ماهية العدل باعتبار مصدرها ومصدره، وهو الله تعالى الذي كان العدل اسماً من أسمائه الحسنى. وهو عدل العليم الخبير، الذي أعطى كل شيء خلقه ثم هداه لما فيه صالحه وسعادته في الدارين، عدل الغني عن العالمين، الذي كان بعباده رءوفاً رحيماً[2].

وفي هذا المبحث أجوب بحثاً عن مبادئ العدل وقواعده – والتي أسميتها أصول العدل – التي يردّ إليها إقرار نظام التحكيم وقواعده وأحكامه، من حيث هو وسيلة بديلة عن وسيلة القضاء العادي في حلّ النزاعات الواقعة والمتوقعة.

ولغرض استيفاء مقتضيات بحث هذا الموضوع قسمت المبحث إلى الأصول الآتية:

الأصل الأول: المبدأ العام في إقرار المعاملات.

الأصل الثاني: العلم والحرية

الأصل الثالث: القدرة

الأصل الرابع: الغاية (حفظ النظام)

---

1. العقل عند الحكماء على مراتب. فهو إن كان قوة محضة خالية من الفعل، أي أنه الاستعداد المحض لإدراك المعقولات، سمي بـ (العقل الهيولاني). وإذا كان العقل يمثل العلم بالضروريات واستعداد النفس لإدراك النظريات منها، سمي بـ (العقل بالملكة). فإن اكتسبت النفس ملكة استنباط النظريات من الضروريات سمي بـ (العقل بالفعل). فإن كانت النظريات التي اكتسبها الإنسان تحضر عنده بحيث لا تغيب عنه، سمي بـ (العقل المستفاد). أنظر: شرح المواقف، عبد الرحم بن أحمد الآيجي، دار الطباعة العامرة، /٧٩، إحياء علوم الدين، الإمام محمد الغزالي، دار القلم، بيروت، ط٣، ١/٨١.
2. قال تعالى: (إنه كان بكم رحيماً)، الإسراء/ ٦٦. وقال تعالى: (وأنّ الله رءُوف رحيم)، سورة النور/٢٠.

الأصل الأول: المبدأ العام في إقرار المعاملات بعمومها (حفظ الشخص)

من المعلوم أنّ علماء أصول الفقه الإسلامي نظروا إلى الأحكام الشرعية فوجدوها تقوم على أربع دعائم، هي؛ حفظ ربط العبد بربه وديمومة هذا الربط، وحفظ الشخص، وحفظ النوع، وحفظ المدنية. وسنداً لذلك كان تقسيم الفقه إلى أربعة أبواب؛ باب العبادات، وباب المعاملات، وباب المناكحات، وباب حفظ المدنية. ذلك أنّ النظام الإنساني الأمثل الذي رسمته الشريعة الإسلامية للعباد يقتضي قيامه ربط العبد بربه، لتقوم على أرضيته عقيدته وأخلاقه المستمدة من عقيدته، وأفعاله التي هي صورة أخلاقه الواقعة في الخارج. ويمثل هذا الجانب العبادات.

ثم حفظ الشخص، الذي ببقائه يقوم المجتمع وإعمار الأرض، وذلك تكليفه، فلزم ذلك وجوب بقائه بحفظ الشخص.

ولما كان دوامه محكوم عليه بالانقطاع بالموت لزم دوام هذا النوع الإنساني، فشرع باب المناكحات.

ولما كانت نفوس العباد مجبولة على تحصيل ما يلائمها والغضب على من يزاحمها، وذلك باب لوقوع التباغض والتناحر والتدافع والتناحر شرّع باب حفظ المدنية المشتمل على بيان الأفعال المحظورة وعقوباتها؛ حدوداً وقصاصاً وتعزيراً.

فدخلت المعاملات في عموم باب حفظ الشخص، وذلك يوجب له تحصيل ما به بقاؤه من مأكل ومشرب وملبس ومسكن وتداوي، والتوسع في ذلك، وصولاً إلى تحصيل ما به محاسن العادات ومكارم الأخلاق في كل فرد من أفرادها، وهو المعروف بالمصالح التحسينية أو الكمالية.

ولما كان تحصيل ذلك منوط به، وفي تحصيلها تحقيقه للعدل فيها لموافقتها للأمر الشرعي بل والعقلي، كان الحفاظ عليها ومدافعة ما يهددها من

تكليفه أيضاً، وبذلك كان في مقدوره بحسب التكليف الشرعي تحقيق هذا الهدف، وفي عمومه التجاؤه إلى التحكيم وسيلة لتحصيل المقصود.

وكل فعل تكليفي، خاصة في هذا الميدان، مرتبط بشروط التكليف، وهي؛ العلم والحرية والاستطاعة " القدرة "، وان يقع ذلك موافقاً لمراد الشارع الحكيم، وأقصد بذلك وجوب تعميم مفهوم المشروعية بحيث يثبت في الأصل حتى يقوم الدليل على خلافه، وليس كما قد يقع به تصور البعض أنّ المشروع ما علم دليل مشروعيته ابتداءً، بل هو مشروع ما لم يثبت الدليل المعارض. وأما وجوب العلم بالمشروعية من عدمها في كل واقعة عند النظر فيها فذلك من عمل المجتهد والقاضي في الوقائع المعروضة عليه، لأنه مقيد بالعلم التفصيلي في الوقائع، بخلاف عامة الناس فالتكليف بحقهم العلم الإجمالي بالمشروعية بانتفاء العلم بدليل النهي عند مباشرة الوقائع، إلا ما انتشر العلم بالنهي عنه كالغش في العاملات والإكراه عليها والربا .. ونحو من ذلك، فلا عذر بالجهل بها لعموم انتشار العلم بحكمها.

وفي بيان موجز في هذه الأصول، أقول:

١. الإنسان مجبول بفطرته على حفظ شخصه، وتقدم أنّ ذلك اصل معتمد في بناء الفقه.
٢. الأصل في الأموال الإباحة، فلزم إباحة اكتسابها وتناقلها واستعمالها واستغلالها بالعقود بحسب ما يقتضيه الزمان والمكان. والعلم بهذا الأصل منتشر في العباد، وهم يتعاملون وفق ذلك بما لا حصر له من المعاملات يومياً دون أن يعلم أكثرهم الدليل الشرعي التفصيلي في كل معاملة أو آثارها.
٣. العلم بالحاجات التي يحفظ بها الشخص بقاءه، وهو أمر فطري في غالبه، فالعلم بالحاجة إلى المأكل والمشرب والملبس والمسكن والتداوي، لا يتوقف على نظر وتأمل بل يدركها الإنسان بعلم

ضروري. والعلم بالحاجات الإنسانية التي فطر الإنسان على إشباعها بواسطة المعاملات متفاوتة في درجاتها باعتبار أهميتها، فأهمها مرتبة الضروري في الحفظ والذي يمثل القدر الذي به بقاء الشخص، وذلك القدر فيه حرج وضيق باعتبار مقتضاه، فكانت مرتبة الحاجي الذي مقتضاها التوسعة والتيسير، انتهاءً بمرتبة الكمالي أو التحسيني الذي مقتضاه الظهور بالصورة الأحسن والنظام الأكمل الذي يقتضيه علو مرتبة الإنسان[1].

٤. حرية الإرادة؛ الشخص وإن كان عالماً بما يحتاجه في بقائه علماً ضرورياً إلا أنّ تنوع ما به إشباع الحاجة، وتعدد أفرادها بما لا يشمله حصر، لازمه أنّ اختيار بعضها دون الباقي يعود له، من حيث هو المرجع باعتبار الأصل في حفظ شخصه، وذلك تكليفه، فكان اختياره تفعيل منه لتكليفه على أرض الواقع. ولما كان العلم سابقاً على الإرادة، وأنه باعث لها على التحرك لتحصيل المقصود، وهي منبعثة له[2]، لزم في توجه الإرادة العلم بما ينفع وما يضر، فكان البحث عن أهلية أداء ومناطها (العقل)، وما تبع ذلك من أحكام في مراتب العقل بالاعتبار المذكور، وتقسيم الصلاحية في إبرام التصرفات وفق ذلك.

٥. الاكتساب " القدرة "؛ والاكتساب تابع للإرادة مرتبط بها. ومرادنا به تحصيل العبد للوسيلة المفضية إلى حفظ شخصه، ولما كان الأصل المتبع وهو حفظ الشخص وكون الأصل في الأموال إباحة اكتسابها، لزم عموم التوسل بالوسائل المفضية إليها، فلا

---

1 . أنظر في تفصيل مراتب المصالح: المستصفى من علم أصول الفقه، الإمام الغزالي، دار العلوم الحديثة، بيروت، ٢٨٧/١ وما بعدها، الموافقات في أصول الفقه، الإمام إبراهيم بن موسى الشاطبي، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، مصر، ١٩٦٩م، ٤/٢ وما بعدها.

2 . أنظر: الإمام الغزالي، إحياء علوم الدين، مرجع سابق، ٣٣٦/٤.

تُقيّد لأنّ التقييد معارض لحكمة تشريع الأصل، إلا ما قام الدليل بخصوصه لأمر عارض. فلزم في ضوء ما تقدم حرية الإرادة في التعبير عن نفسها بأي فعل يتحصل به المقصود، وعلى هذا الأساس قام مبدأ أنّ الأصل في العقود الرضائية. ومن صور هذا المبدأ في التصرفات الإرادية الاعتداد بالشروط المقترنة والشروط المعلقة والإضافة إلى أجل وباقي أوصاف الالتزام متى دخلت في عموم إشباع الحاجة بشكل مشروع، وأن لا يفرض على شخص التزام لم تتوجه إرادته إليه، وأن لا يصرف إليه اثر إيجابي له ما لم يقبله. وفي ذلك قام البحث في نسبية آثار العقد، من حيث أنّ الالتزامات والحقوق آثار انصراف الإرادة، وما لم تنصرف إليه الإرادة فلا موجب له، ذلك أنّ الأثر مرتبط في وجوده بسببه، وهو لم يوجد. أما الشكلية فجاءت للتنبيه على خطورة تصرفات معينة، ولوجود بُعد المصلحة العامة فيها بوضوح، كما في بيع العقارات مثلاً، فهي من جانب تمثل سيادة الدولة ومحور رئيسي في اقتصاد الدولة، وفي السيارات لضبط نسبة الحوادث وما قد يقوم بها من أعمال غير مشروعة .... لذا كان الأصل في العقود الرضائية حتى يقوم الدليل على خلافه من نص قانوني أو اتفاق يوجب الشكلية في الانعقاد.

٦. الغاية؛ وهنا نجد المبدأ مرتبطاً بالغاية، فالمبدأ يقضي بحفظ الشخص، وهو حفظ بالقوة. أما الغاية فهي تفعيل هذا المبدأ على أرض الواقع، فهو حفظ بالفعل بعد أن كان حفظاً بالقوة. ويدخل في عموم هذا الحكم أنّ الزيادة في استعمال الحق عن الحد المقرر تشكل تجاوزاً على الغاية، فتعيّن منع الزيادة دون الأصل، من حيث أنّ المخالفة وقعت بها لا به. وهو ما يعرف بمبدأ التعسف في استعمال الحق. وكذلك حكم الزيادة في أحد المثلين غير المقابلة بما

يصلح به العوض فإنها غير مشروعة لعدم اقتضاء العقد لها، فوجب منعها، وذلك هو الربا. فمنعت المخالفة الواقعة بالوصف لا بالأصل، وهو مذهب الحنفية ومن وافقهم.

٧. توازن المصالح؛ ومردّ ذلك كون الإنسان اجتماعي النشأة متفاعل في تحصيل بقائه مع غيره من بني جنسه، فوجب حفظ هذه المصلحة لكل فرد من أفرادها. فإذا سعى فرد منهم إلى تحصيل ما به مصلحة له بما يلزم منه هدم مصلحة خاصة لغيره أربى في الاعتبار، أو تهديد نظام المجتمع في بقائه أو دوامه، تعيّن الحكم بعدم مشروعية الكسب أو المعاملة المفضية إلى المفسدة. وعلى هذا الأساس يقوم الحكم بمشروعية الاكتساب من عدمه.

فتعيّن مما تقدم وجوب صون الإرادة، وذلك بمراعاة وحفظ ما يسبقها من علم وما يلحقها من حرية اكتساب، بمعنى أن تكون عالمة بما تُقدم عليه من تعامل، وأن تكون حرة في تحصيل اختيارها. وهما عنصرا الإرادة السليمة. فوجبت حمايتها بالاعتبار الأول من الغلط والتغرير، ومنعت المعاملات التي تصحبها جهالة فاحشة. ووجبت حمايتها بالاعتبار الثاني من الإكراه. أما الاستغلال فقد ينتمي إلى أحد الاعتبارين، فمن استغلت حاجته مس هذا الاستغلال حرية إرادته، ومن استغل طيشه مس ذلك عنصر العلم في الإرادة.

وتعيّن كذلك باعتبار المبدأ الأصل والغاية حماية المشروعية، وموجبها منع العقود التي أريد بها غرض غير مشروع (الباعث الدافع). ويتسع النطاق أو يضيق في اعتبار عدم المشروعية تبعاً للنظام العام القائم في المجتمع، والذي يمثل حماية لمصالح العليا في المجتمع، كما في عقيدته وأخلاقه ونظامه الاجتماعي والاقتصادي والسياسي والأمني....

وتعيّن كذلك أن يتناسب الجزاء مع حجم المخالفة ومحل تأثيرها في العقد. فما أمكن تصحيحه في العقود فتح المجال فيه لبقائها بعد رفع المفسد

أو دفعه، لوقوع المنهي عنه في أمر خارج أصل العقد.. فدخل في ذلك نظريات العقد غير النافذ " الموقوف " والعقد غير اللازم والعقد الفاسد في الفقه الإسلامي والقوانين التي استمدت تشريعها منه، والقابل للإبطال، البطلان النسبي، في الفقه والتشريع القانوني الغربي، والقوانين العربية التي استمدت تشريعها منه. وما تعدى فيها ضررها إلى الغير مع سلامة بنائها كان حكمه عدم السريان بحقه... وفي ضوء ذلك بحث فقهاء المسلمين في مراتب النهي وأثره في المنهي عنه، فمنهي عنه لعينه أو لجزئه أو لغيره الملازم له القائم به غير المنفك عنه، ولغيره المنفك عنه المفارق له [1]. ويبقى الضابط بعد ذلك من وجه الحكم الكلي لا التقني في بناء العقود هو المصلحة الشرعية. فما هدد مصلحة ضرورية قضي ببطلانه، وما كان دون ذلك صرنا إلى أنواع الجزاء الأخرى. وقد يختلف النظر في مدى التهديد لا في أصل الحكم به، كما في البيع وقت نداء الجمعة[2].

ولما كان للشخص الحرية في الكسب وإشباع حاجاته التي بها بقاؤه، وتنمية المال وديمومة بقائه، فقد قبل الحكم هنا التوسع في العقود والشروط وطرق التعاقد بالوسائل الحديثة وما يستحدث في الزمن المستقبل، واختيار طرق حل المنازعات المتوقع قيامها أو القائمة فعلاً بالتحكيم أو الخبرة أو التفويض ... لأنّ لها حكم التبع للأصل، إي من كان له حرية التعاقد كان له حرية اختيار طرق الحل.

المبحث الرابع

عدل الدولة وعلاقته بالعدل الثابت بالتحكيم

موجبات اعتبار التحكيم تعود لتحقيق العدل في النزاعات في موضوعات القانون الخاص، ومن أبرزها الموضوع التجاري. ولما كان التعامل التجاري

1 . أنظر: شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي، دار الكتب العلمية- بيروت، ١/١٩١، فواتح الرحموت بشرح مسلّم الثبوت، عبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري، دار العلوم الحديثة، بيروت، ١/٥١- ٥٣.

2 . وهو المشهور في مذهب المالكية والحنابلة.

متصفاً بسرعة تناقل المال، وتجدد صوره، مما جعله في حالة تجدد وتطور مستمرين، مع ما يفترض أن يصاحبه من ثقة وائتمان، كان لازم تحقيق العدل فيه فسح المجال لحرية أطراف العلاقة لاختيار القانون أو النظام الذي يتم بموجبه حسم النزاعات المتوقعة أو الواقعة فعلاً، من جهة، واشتراط الاختصاص فيمن يسند إليه حسم النزاع، من جهة أخرى، وذلك لأنّ الإخلال بأحدهما يتعارض مع تحقيق العدل في حسم النزاع، وفيه تهديد أو تعطيل للحكمة المقتضية من توسيع نطاق التجارة بل وتحريرها - بالقدر الذي لا يتعارض مع النظام العام للدولة - من القيود باعتباره أحد الركائز الأساسية في اقتصاديات الدول، ووسيلة لربط اقتصاديات الدول بعضها ببعض سعياً نحو تخطي سلبيات العزلة الاقتصادية، وذلك صورة من صور التفاعل الحضاري بوجهه الإيجابي.

فعدل الدولة في حسم الخصومات في موضوعات القانون الخاص محصور بالسلطة القضائية باعتبار الأصل، من حيث إنّ السلطة القضائية هي مظهر عدل الدولة في تطبيق قوانينها على المخاطبين بها. وإذا كان هذا النظر مسلماً به أو معتبراً باعتبار المنطق القانوني الحرفي أو الضيّق إلا أنه باعتبار النظر الواقعي معارض بسلب الأشخاص المخاطبين بالقانون المساهمة في تحقيق العدل، والذي ينبغي توسيع نطاقه ليشمل كلّ ما لا يعارض النظام العام والآداب.

وسنداً لما تقدم أمكن القول أنّ التحكيم يعتبر عملاً قضائياً، باعتبار تحقيقه العدل، يستمد وجوده من الأصول التي قدمنا الكلام فيها سابقاً، ومن وجوب تفويض القانون الأشخاص المخاطبين به حسم النزاعات بواسطة التحكيم، اعترافاً منها واعتباراً لتلك الأصول، فضلاً عن أنّ إقرار التحكيم فيه تخفيف من عبء القضاء، واحترام لإرادة المتعاقدين في حسم نزاعاتهم بعيداً عن سوح القضاء، وطول إجراءاته وتعقدها. فتعيّن اعتبار التحكيم في حسم النزاع ممارسة قضائية اعتباراً بتطبيقها القانون على

النزاع المعروض على المحكم، فكان عمل المحكم كعمل القاضي من هذه الحيثية[1]، وليس عملاً قضائياً صرفاً لغياب الولاية العامة للمحكم، فهو ليس كالقاضي من هذه الحيثية، اعتباراً بأنّ ولاية المحكم ولاية خاصة مستمدة من إرادة أطراف التحكيم، وفي حدود محل النزاع بينهما.

واللازم لهذا التخريج ثبوت الجدلية في تحقيق العدل بين عدل الدولة والعدل الثابت بالتحكيم بموجب إرادة أطرافه، فلزم تحقيق التوازن بينهما، وكان ذلك بجريان العمل على جعل التحكيم خاضعاً لرقابة السلطة القضائية إذا رفع النزاع إليها بدعوى أحد المتحاكمين ببطلان حكم المحكم، وكذلك بالرجوع إلى القضاء في حسم النزاع حال التنازل عن شرط التحكيم صراحة أو دلالة كسكوت الطرفين عن التمسك بشرط التحكيم في أول جلسة من نظر القضاء في النزاع[2]. وينبني على ذلك أنّ حكم المحكم خاضع لتصديق القضاء عليه، وإذا وجد القاضي في حكم المحكم مخالفة صريحة للقانون نقض الحكم بمقدار تلك المخالفة، ويكون

---

1 . ويؤيد ما ذكر ما جاء في قضاء محكمة تمييز دبي، الطعن رقم ١٦١ لسنة ٢٠٠٣م، جلسة ١٤ يونيو ٢٠٠٣م: (استقر قضاء هذه المحكمة، عملاً بالمادة ٢١٢ من قانون الإجراءات المدنية، على أنه وإن كان المحكم لا يتقيد بحسب الأصل بإجراءات المرافعات المتبعة في الدعاوى أمام المحاكم إلا أنه يلتزم بإتباع إجراءات التقاضي الأساسية، وأهمها الالتزام بما يتفق عليه الخصوم من إجراءات معينة، واحترام حقوق الدفاع بما فيها تمكين كل خصم من الاطلاع على كافة الأوراق والمستندات المقدمة من خصمه، واتخاذ الإجراءات في مواجهة الخصوم، ويترتب على عدم التقيّد بهذه الإجراءات الأساسية في التقاضي بطلان الحكم الصادر من المحكم، ولا يغني عن وجوب تمكين الخصم من الاطلاع على المستند المقدم من خصمه مجرد تأشير المحكم عليه بأنه قد قدم إليه ..).

2 . نصت المادة ٢٠٣/٥ من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي على: (وإذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ما فلا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء، ومع ذلك إذا لجأ أحد الطرفين إلى رفع الدعوى دون اعتداد بشرط التحكيم ولم يعترض الطرف الآخر في الجلسة الأولى جاز نظر الدعوى، واعتبر شرط التحكيم لاغيا).

نقض القاضي قابلاً للطعن به بطرق الطعن المعهودة للتثبت من صحة نظره[1].

واللازم لهذا التخريج أيضاً اشتراط كون المحكم له معرفة في القانون تؤهله للحكم في النزاع المعروض عليه، وله الاستعانة بأهل الخبرة فيما كان اختصاصاً علمياً أو فنياً في غير بحث القانون. وهذه بتقديرنا هي الطبيعة القانونية للتحكيم في ظل التحكيم المحلي، لأنه لابدّ من خضوع النزاعات لسلطة الدولة بشكل مباشر أو بشكل غير مباشر، سنداً لإقليمية القانون الذي يحكم جميع التصرفات والوقائع الواقعة في إقليم الدولة إلا ما تمّ استثناؤها بقانون أيضاً، كما في تحديد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على تصرفات أو وقائع فيها عنصر أجنبي يرى المشرع الوطني استثناءها من القانون الوطني إلى قانون أجنبي، ومعلوم أنّ القاضي أو المحكم سيعمل وفق القانون الذي أعطاه هذه الصلاحية بتطبيق قانون أجنبي، حتى ذهب بعض أهل الفقه إلى أنّ اعتراف المشرع الوطني بقانون أجنبي ينزله منزلة القانون الوطني في حدود تلك التصرفات والوقائع المحكومة به[2].

ومع ذلك نجد أنّ التحكيم معتبر في الحكم، ولم يبقَ في تحديد العلاقة بين عدل الدولة وما ثبت بحكم المحكمين إلا اعتبارين، أحدهما؛ المصادقة

---

1 . نصت المادة ٢١٤ من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي على: (يجوز للمحكمة أثناء النظر في طلب تصديق حكم المحكمين أن تعيده إليهم للنظر فيما أغفلوا الفصل فيه من مسائل التحكيم أو لتوضيح الحكم إذا كان غير محدد بالدرجة التي يمكن معها تنفيذه، وعلى المحكمين في هاتين الحالتين أن يصدروا قرارهم خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إبلاغهم بالقرار إلا إذا قررت المحكمة خلاف ذلك. ولا يجوز الطعن في قرارها إلا مع الحكم النهائي الصادر بتصديق الحكم أو إبطاله).

2 . أنظر في ذلك: هشم علي صادق، تنازع القوانين "دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري"، الإسكندرية، منشأة المعرف، ١٩٧٣م، ص ٢٥٠ – ٢٥١، عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين "دراسة مقارنة"، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٢م، ص ٣٣٦ – ٣٣٧.

على حكم المحكم لغرض اكتساب تنفيذه من قبل مؤسسات الدولة، وهذا لا يمس أصل حكم المحكم بل هو مقرر له، منزل له على أرض الواقع. والثاني؛ النظر في أصل الحكم حال مخالفته للنظام القائم في المجتمع المعبر عنه بالنظام العام، اعتباراً بأنّ عدل الدولة عدل عام يحكم جميع العلاقات القائمة في المجتمع، والتحكيم خاص بأطرافه. والمصلحة العامة مقدم العمل بها.

ويبقى بعد ذلك عدم جواز المسّ بأصل التحكيم ومبدأ احترام إرادة الأشخاص في ممارستها لحريتها في تحصيل منافعها وحفظ حقوقها والدفاع عنها باختيار ما تراه مناسباً في حسم النزاعات القائمة بينها، سواء أكان ذلك بالتحكيم أم بالصلح، ولأجله سمي بالصلح الواقي، من حيث أنه يقي الأطراف اللجوء إلى القضاء، وبثبوته يمتنع على القضاء النظر فيه.

إنّ قيام السلطة غير مراد لذاته، فقيامها يجب أن يكون لمصلحة المجتمع، وتعبيراً عن تطلعاته، وحماية لحقوقه وحقوق أفراده. ذلك أن الشعب هو مصدر مشروعية السلطة، وليست السلطة مصدر حقوق وحريات الشعب. فلزم اعتدادها بما وقع من أفراده مشروعاً، سواء أتخذ صورة التصرفات القولية أم الفعلية. وقد عرفنا بما تقدم معيار اعتبار المشروعية.

الخاتمة

وأورد فيها نتائج البحث، بحسب الآتي.

١. التحكيم وإن كان قديماً في تاريخه، وأنه على مدى تطوره التاريخي يستمد وجوده من إرادة أطراف التحكيم، إلا أنه في ظلّ نظام الدولة القائم على تنظيم العلاقات القائمة في المجتمع بموجب قواعد قانونية عامة وملزمة باتت الإرادة مقيدة بما تجيز الدولة حسمه من النزاعات بموجب قوانينها عن طريق التحكيم.

٢. فتقييد العدل الذي يرمي أطراف التحكيم إلى تحقيقه بواسطة التحكيم بعدل الدولة، فلا تحكيم في غير موضوعات القانون الخاص، ولا اعتداد بما وقعت المخالفة فيه لنظامها العام.

٣. والتحكيم ذو بعدين متلازمين، هما: اتفاق التحكيم، سواء اتخذ صورة الشرط أو المشارطة، والأعمال الإرادية التي يتخذها المحكم وصولاً إلى حسم النزاع بقرار له حجية التنفيذ بعد مصادقة القضاء عليه.

٤. وقد توزع الفقه القانوني في بيانه للطبيعة القانونية للتحكيم على أربعة اتجاهات، أحدها يرى أنصاره أنّ التحكيم بشقيه المذكورين ذو طبيعة تعاقدية، والثاني يرى أنصاره أنّ التحكيم ذو طبيعة قضائية تغليباً لصفة عمل المحكم في حسم النزاع موضوع التحكيم، والثالث يرى أنصاره أنّ التحكيم ذو طبيعة مختلطة أو مزدوجة لجمعه بين الصفة التعاقدية في اتفاق التحكيم والصفة القضائية في عمل المحكم، والرابع يرى أنصاره أنّ التحكيم ذو طبيعة ذاتية مستقلة عما ذكر في الاتجاهات الثلاثة السابقة.

٥. وقد ترجح لدينا أنّ التحكيم الداخلي ذو طبيعة قضائية، وإن كان مبدؤه اتفاق التحكيم، تغليباً لصفة عمل المحكم في حسم النزاع.

٦. وتبيّن لنا أنّ جمهور فقهاء المسلمين يرون أنّ التحكيم ذو طبيعة قضائية، وأنّ المحكم قاضٍ في موضوع النزاع المعروض عليه، وأنّ حكمه لازم لأطراف النزاع بذاته، وأنّ القضاء، بحسب الراجح، لا يملك نقض قرار التحكيم إذا كان مجتهداً فيه، بناءً على قاعدة أنّ الاجتهاد لا ينقض بمثله، لتبقى صلاحية القضاء في نقض أو فسخ قرار المحكم فيما كان جوراً بيّناً. وأنهم نظموا أحكام ما يعرف بالتحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح.

٧. بـل أنّ الفقـه الإسـلامي توسـع في نطـاق التحكـيم مـن خـلال وقـوع اختلافهم في جواز التحكيم في مسائل جنائية كالقصاص، تغليباً لحق العبد فيه.

٨. وتبيّن لنا أنّ أصول العدل في المعاملات المالية ترجع مبادئ، أولها مبدأ حفـظ الـشخص، وحريتـه في إشـباع حاجاتـه الـتي بهـا بقـاؤه، بمـا لا يتعارض مع النظام القائم في المجتمع والمعتبر مـن قبلـه. وأنّ للـشخص حفظ حقوقه المكتسبة وفق ذلك بالطريقة التي يراها أطراف العلاقة، اعتباراً بأنّ هذا الحكم متفرع عن الأصل المذكور وتابع له.

٩. إنّ السلطة القائمة في المجتمع لا تصنع الحقـوق ولا تمـنح الحريـات بـل هي قائمة على تنظيمها وفق نظامها المعتبر في المجتمع، فتفرع عن ذلك وجوب احـترام إرادة أطـراف النـزاع، وكـذلك حكـم المحكـم، مـا لم يعارض النظام العام، وأنّ دورها في التصديق عليه مـن قبـل القـضاء هـو تفعليـه علـى أرض الواقـع بجعلـه قـابلاً للتنفيـذ بالفعـل مـن قبـل مؤسساتها.

مراجع البحث

أولاً: باللغة العربية

١. ابن عابدين، محمـد أمـين، حاشية ابـن عابـدين رد المحتـار علـى الـدر المختار، دار الفكر، دون ذكر سنة الطبع.

٢. أبـو اليزيـد علـي المتيـت، الأصـول العلميـة والعمليـة لإجـراءات التقاضي، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، ط٢/١٩٨٦م.

٣. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختيـاري والإجبـاري، منشأة المعـارف، الإسكندرية، ٢٠٠١م.

٤. أحمد أنعم بن ناجي الصلاحي، النظام القـانوني للتحكـيم التجـاري الـدولي "دراسـة مقارنـة"، مركـز الدراسـات والبحـوث الـيمني، صنعاء، ط١/١٩٩٤م.

٥. إسماعيل إبراهيم الزيادي، في التحكيم واجتهاد القضاء " نحو تدخل ناعم للقضاء في شؤون التحكيم "، مطابع أمون، القاهرة، ٢٠٠٧م.
٦. أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية " دراسة فقهية قضائية مقارنة "، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط١/٢٠٠٣م.
٧. الأسنوي، جما الدين، نهاية السول في شرح منهاج البيضاوي، مطبعة التوفيق الأدبية، مصر.
٨. الآمدي، علي بن أبي علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، مصر، ١٩٦٨م.
٩. الأنصاري، عبد العلي محمد بن نظام الدين، فواتح الرحموت بشرح مسلّم الثبوت، دار العلوم الحديثة، بيروت.
١٠. الآيجي، عبد الرحم بن أحمد، شرح المواقف، ، دار الطباعة العامرة.
١١. التفتازاني، مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، ، دار الكتب العلمية- بيروت.
١٢. الخطيب الشربيني، محمد بن أحمد، الإقناع في حلّ ألفاظ أبي الشجاع، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤م.
١٣. الدسوقي، أبو السعود محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي، دار الفكر، بيروت، دون ذكر سنة الطبع.
١٤. السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، دار الكتب العلمية، ١٩٩٣م.

١٥. الشاطبي، إبراهيم بن موسى، الموافقات في أصول الفقه، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، مصر، ١٩٦٩م.

١٦. الغزالي، محمد بن محمد، إحياء علوم الدين، دار القلم، الطبعة الثالثة، بيروت.

١٧. الغزالي، محمد بن محمد، المستصفى من علم أصول الفقه، دار العلوم الحديثة، بيروت.

١٨. الكاساني، علاء الدين أبو بكر، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الفكر، بيروت، دون ذكر سنة الطبع.

١٩. المقدسي، عبد الله بن أحمد بن قدامة، الكافي، المكتب الإسلامي، الرياض، ١٩٨٨م.

٢٠. المواّق، محمد بن يوسف العبدري، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، ١٩٩٥م.

٢١. النووي، يحيى بن شرف:

- روضة الطالبين وعمدة المفتين، دار الفكر، بيروت، دون ذكر سنة الطبع.
- المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٦م.

٢٢. إيهاب السنباطي، موسوعة الإطار القانوني للتجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧م.

٢٣. بادشاه، محمد أمين، تيسير التحرير على كتاب التحرير " لابن همام "، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٣٥١هـ .

٢٤. حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية " قوانين الإمارات والبحرين والسعودية وسوريا والعراق وقطر والكويت ولبنان وليبيا "، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١/٢٠٠٧م.

٢٥. جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠١م.
٢٦. زكريا بشير إمام، مفهوم العدالة بين الفكر الإسلامي والفكر الغربي، دار روائع مجدلاوي، عمان/الأردن – ط١/٢٠٠٣.
٢٧. صلاح الدين ناهي، العدالة في تراث الرافدين وفي الفكرين اليوناني والعربي الإسلامي، الدار العربية للموسوعات، بيروت، ط١/١٩٨٤م.
٢٨. صوفي أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، دار النهضة العربية، ط١/١٩٥٧م.
٢٩. عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الجيل، بيروت، ط٢/١٩٨٠م.
٣٠. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين " دراسة مقارنة "، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٢م.
٣١. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الجزء الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ١٩٩٧م.
٣٢. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي " دراسة في قانون التجارة الدولية "، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م.
٣٣. محمود السيد عمر التحيوي:
- الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣م.
- التحكيم والخبرة في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢م.

٣٤. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية " اتفاق التحكيم "، دار الفكر العربي، ١٩٩٠م.
٣٥. مصطفى محمد الجمال و عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية " قانون التحكيم التجاري المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م في ضوء القانون المقارن وقانون التجارة الدولية، مع الإشارة إلى قوانين التحكيم العربية "، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١/ ١٩٩٨م.
٣٦. هشام علي صادق، تنازع القوانين " دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري "، الإسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٧٣م.
٣٧. وجدي راغب، هل التحكيم نوع من القضاء، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة السابعة عشرة، العدد الأول والثاني، مارس – يونيو، ١٩٩٣م.

القوانين والاتفاقيات الدولية والقضاء والأنظمة:

١. قانون الإجراءات المدنية الاتحادي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢م.
٢. قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥م، المعدل بالقانون الاتحادي رقم ١ لسنة ١٩٨٧م.
٣. قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، ١٩٨٥/٦/٢١م.
٤. قضاء المحكمة الاتحادية العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا، السنة السادسة والعشرون(٢٠٠٤م) من أول يناير حتى آخر ديسمبر، إعداد المكتب الفني بالتعاون مع كلية الشريعة والقانون، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة (٥٨)، ط١/٢٠٠٦م.

٥. قضاء محكمة تمييز دبي، دائرة العدل / دبي، محكمة التمييز، المكتب الفني.
٦. النظام الأساسي لمركز دبي للتحكيم الدولي رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤م.
٧. قواعد التحكيم لدى مركز دبي للتحكيم الدولي الصادر بمرسوم رقم ١١ لسنة ٢٠٠٧م.

ثانياً: باللغة الانجليزية

1- Catherine Tay Swee Kian, Resolving Disputes by Arbitration, Ridge books: Singapore, 1998 .

2- Enid A. Marshall, The lae of Arbitration, fourth edition, Sweet & Maxwell, London: 2001 .

3- Phillip Capper, International Arbitraton: A handbook, third edition, LLP, London . 2004 .